Die Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Hoerschgen

Referendar aus Essen.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1910.

Referent: Professor Dr. Karl Lehmann.

Sr. Exzellenz Wirkl. Geh. Rat Dr. Hamm,

Syndikus der Krone Preußen,

M. d. H.

Disposition.

Literatur-Verzeichnis.

Bechmann, System des Kaufes nach Gemeinem Rechte. 1876.
Bendix, Haftung für den Rechtsbestand von Rechten. Archiv für BR. 32.
Bluntschli-Dahn, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl.
Brunner, Die Wertpapiere in Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts. 1882.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Bd. 2. 4. Aufl.
" Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 2. 6. Aufl.
Crome, Bürgerliches Recht. 1. Aufl.
Deutsche Juristen-Zeitung 1905. (Düringer, Hagens.)
Dernburg, Bürgerliches Recht 2 II. 3. Aufl.
" Preußisches Privatrecht. 7. Aufl.
" Pandekten. 7. Aufl.
Digesten, Codex.
Düringer-Hachenburg, HGB. 1905.
Eckermann, Die Haftung des Verkäufers eines Inhaberpapieres. Diss., Rostock 1903.
Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes. 1882.
Entscheidungen des Reichsgerichtes.
" " Reichsoberhandelsgerichts.
" der Oberlandesgerichte Köln und Rostock.
v. Gerber, System des Deutschen Privatrechtes. 1886.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 2. Bd. 1905.
Goldmann und Lilienthal, Bürgerl. Recht. 2. Aufl.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. (Neukamp.)

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883.

Holdheims, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen (Neukamp). 1905. Bd. 14.

Jacobi, Die Wertpapiere. 1901.

„ Das Wertpapier als Legitimationsmittel. 1906.

Ladenburg, in Buschs Archiv. Bd. 14.

Langen, Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte. Berlin 1906.

Lehmann, Handelsrecht. 1907.

„ Recht der Aktiengesellschaften, 1898, in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 51.

Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht. 1907. Bd. 1.

Makower, HGB. 13. Aufl.

Moeder, M., Die Gewährleistung des Verkäufers für gekaufte Wertpapiere. Diss., Heidelberg 1906.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl.

Protokolle der 2. Kommission zum Entwurfe des BGB.

Sohm, Der Gegenstand. 1905.

Staub, Kommentar zum HGB. 8. Aufl.

Staudinger, BGB. 2. 4. Aufl.

Thöl, Handelsrecht. 4. Aufl.

Juristische Wochenschrift Nr. 60—64, 34 und 35.

Koenig, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. Diss. Berlin.

Lehmann und Ring, HGB. Bd. 2. 1901.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 1905. Bd. 57.

§ 1. Kaufgegenstände des BGB.

Als Kaufgegenstände erwähnt das BGB. im § 433 Sachen und Rechte. Beide bezeichnet es im § 434 mit dem Ausdruck Gegenstand.

1. Der **Begriff** der **Sache** ist nach geltendem Privatrecht ein fest begrenzter. Das BGB. versteht gemäß § 90 unter Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände. Res incorporales sind nach der Begriffsbestimmung des BGB. nicht Sachen; anders im römischen und gemeinen Rechte, welches unter die res incorporales alles subsumierte, was jemand im Vermögen haben kann. Den res incorporales standen die res corporales gegenüber als die Klasse der körperlichen Sachen.

Das BGB. hat den Begriff der Sache auf den der res corporales begrenzt, um Klarheit in den Begriff der Sachenrechte zu bringen. Wir werden später[1] sehen, daß dieser Begriff im Gebiete des Obligationenrechtes Schwierigkeiten bereitet und zur Zuhilfenahme der Analogie Veranlassung gibt.

2. Der **Begriff** des **Rechtes** im Sinne des BGB. ist ebenfalls ein fest umgrenzter. Von den Rechten kommen als Kaufgegenstände unter anderen in Betracht: Sachen- oder dingliche und Forderungs- oder persönliche Rechte, ferner Immaterialgüterrechte und Mitgliedschaftsrechte.

Das Recht im subjektiven Sinne ist „eine durch die Rechtsordnung gewährleistete Berechtigung“ — vgl. Dernburg, Pandekt. I, S. 44 — es enthält im Gebiete

1) Seite 50, 51 der Arbeit.

des Privatrechtes „einen Anspruch auf Tun oder Unterlassen gegenüber gewissen Personen oder gegen Jedermann“. Auf diese Begriffe werden wir später den Begriff der Mängel (Sach- und Rechtsmängel) stützen.

Mit den Sachen und Rechten sind die Kaufgegenstände nicht erschöpft. Im Wege der Analogie behandelt die Praxis in feststehender Rechtsprechung, ebenso die Wissenschaft, gewisse Gegenstände, insbesondere Wertkomplexe, die weder unter den Begriff der Sache noch den des Rechtes unterzubringen sind, als Kaufgegenstände, indem die für Sachen gegebenen Vorschriften auf fragliche res für anwendbar erklärt werden.

§ 2. Mängel (Begriff).

A. Klassifizierung nach BGB.

1. Sachmängel.

Ein Mangel im Sinne des Gesetzes ist nach § 459 BGB. ein Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit aufhebt oder mindert. Die praktische Brauchbarkeit oder Verwendbarkeit ist demnach der Prüfstein für die Beurteilung einer res als einer normalen oder mangelhaften.

Ein Sachmangel ist begrifflich ein Fehler der Sache, der dieselbe als praktisch minderwertig erscheinen läßt. Ein Sachmangel im präzisen Sinne des Gesetzes kommt insbesondere, wie schon das Wort besagt, nur bei einer Sache (res corporalis) vor.

2. Rechtsmängel.

Der Rechtsmangel stellt eine Beeinträchtigung der Berechtigung dar — vgl. S. 1. — Die Berechtigung ist gewähr-

leistet, wenn der rechtliche Bestand, vgl. § 437 BGB., intakt ist. Derselbe setzt rechtliche Existenz voraus, weshalb das BGB. die Pflicht zur Verschaffung des Rechtes bereits im § 433 gebietet. Die Pflicht zur Beseitigung von Rechten Dritter ist zum Gegenstande des § 434 gemacht.

Die rechtliche Integrität erfordert ferner die Abwesenheit etwaiger Einreden, die der Geltendmachung des Rechtes hinderlich sein können.[1]

Alle derartigen Fehler beeinträchtigen vorkommendenfalls die rechtliche Integrität, sind daher Mängel im Rechte — Rechtsmängel. Was die Berechtigung, d. h. das Recht im Gegensatz zu seiner wirtschaftlichen Beziehung, nicht tangiert, kann nach der Begriffsbestimmung des Gesetzes kein Mangel des Rechtes, kein Rechtsmangel sein.

3. Tatsächliche Mängel.

Ebenso wie es — vgl. S. 2 der Arbeit — Kaufgegenstände gibt, die weder unter den Begriff der Sache noch

1) cfr. Dernburg, Bürgerl. Recht 2, II. S. 56 „Die Haftung für den Rechtsbestand der Forderung begreift nicht nur in sich, daß dieselbe an sich begründet und z. Zt. des Verkaufes noch nicht getilgt ist, vielmehr nicht minder, daß derselben keine zerstörliche oder auch aufschiebende Einrede im Wege steht". Vgl. ferner Goldmann und Lilienthal, Bürgerl. Recht I, S. 486 „der Rechtsbestand ist verletzt, wenn das Recht z. B. seiner Übertragung auf den Käufer nicht besteht, ferner wenn seiner Geltendmachung eine Einrede im Wege steht". Crome, Bürgerl. Recht II, S. 434a: Der Verkäufer haftet dafür, daß das verkaufte Recht existiert, d. h. daß es nicht nichtig oder schon wieder erloschen ist; ebenso daß keine Einreden gegen die betreffenden Rechtsansprüche begründet sind, mag es sich um ausschließende oder aufschiebende handeln; endlich dafür, daß keine sonstigen Gegenrechte das verkaufte Recht in seinem Bestande alterieren, insbesondere kein Anfechtungsrecht des Verpflichteten und keine Aufrechnung." Ferner Düringer-Hachenburg, HGB., Bd. 3, S. 34 ff.

den des Rechtes unterzubringen sind, so gibt es auch eine Kategorie von Mängeln, die weder als Sachmängel (Mängel an res corporales) noch als Rechtsmängel anzusprechen sind. Dieselben faßt man am zweckmäßigsten unter dem Begriff „tatsächliche“ Mängel zusammen. In einem weiteren Sinne gehören zu den tatsächlichen Mängeln auch die Sachmängel, insofern, als die res corporales zu den tatsächlichen Erscheinungen gehören. Den tatsächlichen Mängeln stehen als eine scharf von ihnen getrennte Kategorie die Rechtsmängel gegenüber. Fest umgrenzt ist auch die Gruppe der Sachmängel durch den Begriff der Sache als einer res corporalis. Alle Mängel, die nicht Rechtsmängel oder Mängel an res corporales sind, gehören zur Gruppe der tatsächlichen Mängel. Soweit die Klassifizierung der Mängel nach BGB.

B. Klassifizierung nach Röm. Recht.[1]

Das Römische und das Gemeine Recht faßte die gesamten, von uns bisher erwähnten Kaufgegenstände unter der gemeinsamen Bezeichnung der res zusammen. Das R. Recht kannte körperliche und unkörperliche Sachen.[2] Unter den Begriff der res incorporales brachte es alles,

---

[1]) pr. §§ 1 und 2 J. de rebus incorporalibus 2, 2. - Gaj. Inst. II § 11–14. „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt eae, quae in jure consistunt.“

[2]) cfr. Dernburg, Pandekten 1, S. 155. „Die Vermögensbestandteile zerlegen die Römer in körperliche Dinge — res corporales — und in unkörperliche — res incorporales. Körperliche Dinge sind die im Raume befindlichen Vermögensobjekte, also Grundstücke und bewegliche Sachen. Unkörperliche sind die Rechte.“

was nicht zu den faßbaren res gehörte, also die gesamte Kategorie der Rechte und die nicht unter die res corporales und Rechte unterzubringenden sonstigen res. Demzufolge begreift nach R. Recht der Begriff Sache im Sinne von res, als der umfassendere, Rechts- und sonstige Vermögenswerte. Ferner erscheinen durch diese Begriffsaufstellung die sub res incorporales zusammengefaßten res mit einander verwandt eben infolge ihrer Zusammenfassung unter einem Begriff. Die Bestandteile des Begriffes sind jedoch durchaus heterogen, sowohl nach Bürgerlichem wie nach Gemeinem und Röm. Rechte, denn der Begriff des Rechtes in der Formulierung S. 1/2 ist derselbe im Römischen wie im heutigen Rechte.

Die Zusammenfassung dieser heterogenen Bestandteile — rechtlich sind dieselben heterogen, wirtschaftlich erscheinen sie gleichartig — als die Gruppe der nichtsichtbaren Werte, welcher die der sichtbaren, der res corporales, gegenüber steht, scheint nicht ohne Bedeutung für die rechtliche Behandlung der res beim Kaufe zu sein, insbesondere im Falle dieselben mit Mängeln behaftet sind, worauf ich später zurückkomme.

C Abgrenzung der Mängel-Kategorien gegen einander.

Auf Grund vorstehender Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen ist demnach mit Bezug auf die Frage, inwieweit Mängel Rechts- und tatsächliche Mängel sind, zu äußern: Mängel sind nur insoweit Rechtsmängel, als etwaige Fehler sich als eine Verletzung der durch den Inhalt des Rechtes gegebenen B e r e ch t i g u n g (vgl. S. 1) charakterisieren. Ist das dem Anspruch zu grunde liegende Recht

intakt, so kann von einer Verletzung des Rechtes, also auch des Anspruches unberücksichtigt seiner wirtschaftlichen Beziehung und somit von einem Rechtsmangel nicht die Rede sein. Dieses gilt sowohl für das Gebiet des röm., gemein., wie des bürgerl. Rechtes, da die Abgrenzung auf dem Begriffe des Rechtes beruht, welches im Laufe von Jahrtausenden keine Änderung durchgemacht hat. Insbesondere stellt eine Verletzung des wirtschaftlichen Wertes des Rechtes keinen Rechtsmangel dar — ein solcher Mangel gehört unter die tatsächlichen Mängel. Unter die tatsächlichen Mängel fallen auch die Sachmängel als eine besondere Gruppe der tatsächlichen Mängel, nämlich der Mängel an den sicht- und faßbaren res corporales. Die Abgrenzung der Sachmängel von den tatsächlichen Mängeln ist nicht schwierig, da der Begriff der Sache an der Hand seiner Charakteristika ohne weiteres festgestellt werden kann.

Inbezug auf die Bestimmung der Grenze zwischen Rechts- und tatsächlichen Mängeln in konkretem Falle gehen die Meinungen sehr auseinander. Hält man an der oben erörterten Auseinandersetzung über Begriff und Grenze des Rechtes im subjektiven Sinne fest, so dürfte die Lösung der Frage in konkretem Falle sowohl nach Gemeinem, wie Bürgerlichem Rechte nicht schwierig sein. Bei der Erörterung über die Wertpapiere komme ich auf diesen Punkt — auf die Abgrenzung von Rechts- und tatsächlichen Mängeln im konkreten Falle — zurück.

§ 3. Zusicherung im Sinne des Gesetzes.

Gemäß § 459 Abs. 2 BGB. haftet der Verkäufer dafür, daß die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat. Was ist

eine Zusicherung im Sinne dieser Bestimmung? Zunächst ist erforderlich, daß die Zusicherung ernstlich gemeint ist.[1]

Die Zusicherung muß ferner Gegenstand der vertragsmäßigen Leistung sein.[2]

Unter diesen Voraussetzungen ist die Haftpflicht begründet, gleichviel ob im Falle des Fehlens der Zusicherung der Wert des Kaufgegenstandes erheblich oder unerheblich beeinträchtigt wird. Die Meinung, welche eine unerhebliche Wertminderung rechtlich unberücksichtigt gelassen sein will, dürfte auf einer Anlehnung an § 459 BGB. beruhen. Dort handelt es sich aber um Mängelhaftung ex lege, hier um eine solche aus Vertrag. Es liegt im

---

1) Vgl. Makower, HGB. Bd. I S. 1170. „Die Zusicherung muß ernstlich gemeint sein. Allgemeine Anpreisungen, auf die im Verkehre nicht Gewicht gelegt zu werden pflegt, werden in der Regel nicht als ernstgemeinte Zusicherungen anzusehen sein.“

2) Vgl. Staudinger, Bürgerl.GB. 2/1 S. 506 sub IV: „Das Gesetz geht offenbar von dem allgemeinen Gedanken aus, daß nach Verkehrsgrundsätzen jeder, der eine Zusicherung erteilt, auch uneingeschränkt für den Inhalt der letzteren einzustehen hat. Es faßt also die Zusicherung im Zweifel als qualifizierte auf, d. h., als direktes Versprechen der Garantie für die betreffenden Eigenschaften mit der Folge, daß beim Mangel jener Eigenschaften zurzeit des Vertragsschlusses der Verkäufer nicht blos auf Wandelung oder Minderung, sondern wegen Nichterfüllung auf vollen Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.“ Ferner derselbe S. 506: „Die Zusicherungen müssen Vertragsbestandteil sein, es genügt nicht, daß eine Eigenschaft der Sache blos nachgerühmt wird, es ist vielmehr erforderlich, daß die Erklärung vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wird. Beide Teile müssen sich also bewußt gewesen sein, daß das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden soll, es muß erkennbar sein, daß der Erwerber auf das Versprechen Gewicht gelegt und es als Teil der vom Veräußerer zu übernehmenden Leistung betrachtet, so wie, daß auch der Veräußerer es in diesem Sinne abgegeben hat.“

Gegensatz zu § 459 BGB. hier kein Grund vor, eine Haftung für unerhebliche Mängel, deren Abwesenheit zugesichert ist, abzulehnen.[1]

§ 4. Eigenschaften.

(Begriff, Umfang derselben.)

Der Begriff der Eigenschaften hat im Laufe der Zeit eine fortschreitende Extensivinterpretation erfahren. Rechnete man früher zu den Eigenschaften der Sache im Sinne des § 459 Abs. 2 nur Qualitäten, die unmittelbar die Sache — physische Merkmale — betrafen, so gehören nach feststehender Ansicht von Wissenschaft und Praxis jetzt zu den Eigenschaften tatsächliche und selbst rechtliche Verhältnisse, die für die Bewertung und Brauchbarkeit der Sache von Bedeutung sind.[2]

---

1) Vgl. Goldmann und Lilienthal, Bürgerl. Recht S. 433 Anm. 6.

2) Vgl. Staudinger, Bürgerl. Recht 2 S. 509. „Man wird also mit Oertmann zu § 459 und Crome, übereinstimmend auch RGE. Bd. 52 S. 2 und Rechtsprechung des OLG. Bd. 8 S. 65 zu den zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache nicht blos physische Merkmale dieser zu rechnen haben, sondern auch Zusicherungen anderer die Sache betreffenden Verhältnisse, die geeignet sind, der Kaufsache einen bestimmten Wert beizulegen und dadurch auf den Entschluß des Käufers zu wirken, sie zu dem festgesetzten Preise zu erstehen."

Vgl. ferner RGE. Bd. 59 S. 243 „das Urteil des V. ZS. wiederholt es als einen vom Reichsgerichte in feststehender Rechtsprechung festgehaltenen und in der Rechtslehre nicht angezweifelten Rechtssatz, der auch für § 459 BGB. maßgebend sei, daß unter den Begriff der Eigenschaften nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse fallen, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen."

Vgl. ferner RGE. Bd. 21 S. 311, Bd. 59 S. 123 und ROHG. Bd. 22 S. 392.

Nach diesen Vorarbeiten gehe ich zur Gewährleistung beim Kaufe über.

§ 5. Die Rechtsschutzmittel beim Kauf.

1. actio emti.

Die Rechtsschutzmittel des Käufers aus dem Kaufe sind die Kaufklage d. h. die Klage aus dem Kaufkontrakt — die actio emti — und die ädilitischen Rechtsschutzmittel nach dem Edikte der kurulischen Ädilen.

2. Ädilitische Rechtsschutzmittel (Anwendungsgebiet derselben).

Das Edikt der Ädilen, vgl. Dig. 21/1 de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris, Cod. 4/58 de aedilitiis actionibus — erweiterte den Kreis der zivilrechtlichen Vorschriften über die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache.

a. Die Rechtsmittel aus dem ädilitischen Edikte wurden ursprünglich nur auf Sklaven und pecus angewandt. Im Laufe der Zeit dehnte die Jurisprudenz die Vorschriften des Ediktes auf körperliche Sachen aller Art aus. Vgl. l. 1 pr., l. 48 § 6, l. 49, l. 63. D. L. 4 c. h. t.

b. Aber auch hierbei blieb die Rechtsprechung nicht stehen. Man gab den ädilitischen Rechtsschutz bei res incorporales, insbesondere Handelsgeschäften und verwandten Wertkomplexen.[1]

---

1) Vgl. RGE. Bd. 59 S. 242: „Allerdings hat man gemeinrechtlich den Kreis der ädilitischen Mängel nicht so eng gezogen, daß es unbedingt nur körperliche, physische Mängel der Kaufsache sein können und nicht durchaus daran festgehalten, daß sich die Mängel schon allein

Aber auch hier dürfte die analoge Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsschutzmittel ihre Grenze nicht gefunden haben. Außer auf Sachen und res incorporales (Handelsgeschäften und verwandten Wertkomplexen) finden wir die Vorschriften über die Sachgewährleistung anwendbar bei gewissen Rechten.

c. Die Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsschutzmittel auf verkaufte Rechte an Sachen, die zum Besitze der Sache berechtigen.

Gemäß §§ 441 und 451 BGB. finden die § 440 Abs. 1—4 und 446 BGB. entsprechende Anwendung beim Kauf von Rechten an Sachen, die zum Besitze der Sache berechtigen. In dem Paragraphen 440 handelt es sich um den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung infolge eines entgegenstehenden Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, während der § 446 die Voraussetzung für den Gefahrübergang bestimmt. In diesen Fällen will das Gesetz kraft ausdrücklicher Bestimmung

---

aus oder an der Sache selbst müßten erkennen lassen. Insbesondere gerade in betreff der den Wert der Kaufsache bestimmenden Verhältnisse ist die Praxis über diesen Standpunkt hinausgegangen. Während der Wert selbst nicht als eine Eigenschaft der Kaufsache im Sinne der ädilitischen Gewährleistungspflicht anzusehen ist, sind die Faktoren, welche für die Wertbildung maßgebend sind, in gewissem Umfange für solche Eigenschaften erklärt worden. So hat das Oberappellationsgericht Rostock in einem Urteile vom 27. Oktober 1856 die Angaben über den Durchschnittsbetrag der Jahreseinnahmen aus der verkauften Apotheke als eine Zusicherung behandelt, für welche nach dem ädilitischen Edikte gehaftet werde. Diese Auffassung kehrt in vielen Entscheidungen anderer Gerichtshöfe, namentlich auch des Reichsgerichtes wieder z. B. in einem Urteile des III. ZS. vom 5. Dezember 1884: Angaben über die Höhe der vom Kaufobjekte bisher entrichteten Steuern und Abgaben. Den gleichen Standpunkt vertreten auch für das neue Recht die Urteile des V. Zivilsenats vom 7 Juni 1902 und des III. Zivilsenats vom 19. September 1902."

(§§ 441 und 451) die Vorschriften, die es in erster Linie für den Sachkauf aufgestellt hat, auf den Kauf von Rechten angewandt wissen. Die in Frage kommenden Rechte (Kaufgegenstand) sind allerdings Rechte bestimmter Art; es sind dingliche Rechte, die zum Besitze einer Sache berechtigen, z. B. ein Faust-Pfandrecht. Bestimmend dürfte für den Gesetzgeber für die Stabilierung der gleichartigen gesetzlichen Behandlung der Umstand gewesen sein, daß es sich in den fraglichen Fällen (§§ 441 und 451) wirtschaftlich gesprochen ebenfalls um entgeltliche Veräußerung von Sachen handelt. Dieser wirtschaftlichen Gleichartigkeit der Fälle legt das Gesetz solche Bedeutung bei, daß es die in erster Linie für den Sachkauf gegebenen Vorschriften auf den verwandten Rechtskauf anzuwenden befiehlt. Die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung beschränkt sich auf den Kauf eines Rechtes an einer Sache, das zum Besitze derselben berechtigt.

Es fragt sich nun, darf ein solcher Rechtskauf auch noch in anderer Beziehung dem Sachkauf gleichbehandelt werden, insbesondere hinsichtlich der Frage nach der Gewährleistung?

Gesetzliche Bestimmungen gibt es hierüber nicht. Die Frage ist demnach aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen im Wege der Analogie zu entscheiden. Ausschlaggebend für die gesetzliche Behandlung in den §§ 441 und 451 sind wie erwähnt, ökonomische Gesichtspunkte. M. E. muß man aus denselben Erwägungen hinsichtlich der Frage nach der Gewährleistung im Wege der Gesetzesanalogie zu dem gleichen Resultate, nämlich zu der Ansicht gelangen, daß in den fraglichen Fällen auf vorliegenden Rechtskauf die in erster Linie für den Sachkauf gegebenen Gewährleistungsgrundsätze Anwendung finden. Die Rücksichtnahme auf die

wirtschaftliche Gleichartigkeit der Fälle — Übertragung von Gütern gegen Entgelt — erfordert trotz des juristischen Unterschiedes der Kaufgegenstände — hier Sache, dort Recht — aus praktischen Gründen gleichartige Behandlung, d. h. hier die Anwendbarkeit der Grundsätze, betreffend die Sachgewährleistung (§§ 459 ff.). cfr. Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 3 S. 123, die in völliger Inkonsequenz mit dem auf S. 35 HGB. mit aller Schärfe aufgestellten Prinzip „es gibt bei dem Verkauf von Rechten keine Gewährleistung, welche der Gewährleistung wegen Sachmängel beim Verkauf von körperlichen Sachen entsprechend wäre“ hier verlauten: „Trotz des entgegenstehenden Wortlautes des Gesetzes wird man berechtigt sein, die Vorschriften der §§ 459 flg. auch auf diejenigen Sachen auszudehnen, welche zwar nicht selbst Kaufgegenstand sind, zu deren Besitz aber das verkaufte Recht berechtigt, wie denn auch auf diese Sachen die Bestimmungen des Gesetzes über den Gefahrübergang angewandt werden.“ Vgl. ferner Staudinger, Komm. z. BGB. 2 S. 503 Z. 5 Abs. 2; Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes I S. 457; Planck, BGB. II S. 362 Abs. 1.

Tritt man dieser Ansicht bei, so beachte man, daß nichts im Wege steht, auf einen Kauf von Rechten an Sachen, die zum Besitze derselben berechtigen, die Sachgewährleistungsvorschriften utiliter anzuwenden; der Umstand, daß ein Rechtskauf vorliegt, steht der Anwendbarkeit der §§ 459 ff. nicht entgegen: Das verkaufte Recht wird rechtlich wie eine Sache behandelt; allerdings ist das verkaufte Recht ein Recht besonderer Art: Es enthält eine direkte Beziehung zu einer Sache, es enthält das Recht zum Besitze derselben.

Wir ersehen hieraus, daß selbst bei gewissen Rechten der analogen Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsschutzmittel nichts im Wege steht und beachten insbesondere, daß die Tendenz des Gesetzes dahin geht, den Vorschriften über die Sachgewährleistung ein immer weiteres Gebiet ihrer Anwendbarkeit einzuräumen und zwar aus praktischen, wirtschaftlichen Erwägungen, und daß diese Gesichtspunkte durchschlagen ohne Rücksicht auf die rechtliche Struktur der Gegenstände.

Auf einen weiteren Fall der analogen Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsschutzmittel, komme ich zurück bei der Besprechung der Wertpapiere.

§ 6. Die Wertpapiere.

1. Begriff und Theorie des Wertpapieres.

Die Frage nach Begriff und Theorie der Wertpapiere ist im Rahmen vorliegenden Themas nur kurz zu erörtern. Jacobi, — vgl. Jacobi, die Wertpapiere, S. 131 — definiert die Wertpapiere als Papiere, deren Innehabung zur Ausübung des in ihnen verbrieften Rechtes notwendig ist. Brunner — cfr. Brunner in Endemanns Handb., Bd. II, S. 147 — nennt das Wertpapier eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist. Diese Definitionen, die sich im wesentlichen decken, dürften als maßgebend betrachtet werden.

Begrifflich wesentlich sind dem Wertpapiere zwei Elemente, eine Urkunde und das in der Urkunde verbriefte Recht. Die Auffassung des Wertpapieres als rechtsverbriefende

Urkunde ist eine Errungenschaft der modernen Zeit. Zur Zeit seiner Entstehung war die Auffassung eine andere. Das Wertpapier war ein neue, der adäquaten rechtlichen Würdigung noch entbehrende Erscheinung. Man wandte auf dasselbe die für Obligationen überlieferten Grundsätze an. Die Übertragung der Rechte aus dem Wertpapiere konstruierte man vermittelst Annahme eines Zessionsaktes. Zu ungewohnt erschien die Annahme einer direkten rechtlichen Beziehung zwischen dem Aussteller des Papieres und dem Nehmer desselben: so stark wirkte noch die römisch-rechtliche Auffassung des vinculum juris nach. Einen Fortschritt auf diesem Wege stellte die von Savigny aufgestellte Verkörperungstheorie dar. Der Begriff des Wertpapieres im modernen Sinne wird am stärksten zum Ausdruck gebracht durch die Kreationstheorie. Durch letztere, die den Erwerb der Rechte an den Besitz der Urkunde bindet, wird dem Sachelement hoher Wert beigelegt.

2. Die Elemente des Wertpapieres.

Das Wertpapier in modern-rechtlicher Auffassung besteht aus zwei Elementen: Sache und Recht. Sache ist das Wertpapier gemäß § 90 BGB. nur insoweit, als es körperlich faßbarer oder sichtbarer Gegenstand ist. (cfr. Jacobi, S. 101 ff.; Lehmann, S. 374 und Dernburg, S. 182 Note.)

Das Wertpapier kommt ferner als Recht in Betracht. (cfr. Lehmann in Goldschmidts Z., Bd. 51, S. 374.) Als rechtsverbriefende Urkunde ist es Träger der in ihm verkörperten Rechte.

Dem Rechtscharakter gegenüber tritt der Sachcharakter erheblich zurück. (cfr. Thöl, Handelsrecht, S. 324.) Des

Rechtscharakters wegen ist die Urkunde Wertpapier. Die Urkunde in ihrem sachlichen Bestandteile dient zur Geltendmachung und Übertragung der verbrieften Rechte.

3. Die Mängel bei Wertpapieren.

(Sachmangel, Rechtsmangel, Rechtsbestand, tatsächlicher Mangel).

Die Urkunde als solche gehört als sicht- und faßbarer Gegenstand zu den res corporales. Die Mängel derselben, soweit sie als sichtbare Defekte in die Erscheinung treten (cfr. Lehmann in Goldschmidts Z., Bd. 51, S. 387) gehören zu den Sachmängeln.

Die Integrität der Gesamtheit der durch die Urkunde verbrieften Rechte stellt den rechtlichen Bestand derselben dar. Mängel im rechtlichen Bestande oder Rechtsmängel — vgl. S. 2/3 — sind nur solche, welche die rechtliche Seite der verbrieften Rechte betreffen: die Berechtigung bezw. die Ansprüche, unberücksichtigt der wirtschaftlichen Beziehung derselben.

Die Ansichten darüber, was zum rechtlichen Bestande des Rechtes gehört und somit im Falle der Defizienz als Rechtsmangel anzusprechen ist, sind auseinandergehend. Die Frage wird besonders aktuell beim Vorliegen von dicta et promissa. Düringer-Hachenburg — cfr. Düringer-Hachenburg, HGB., Bd. III, S. 41—42 — bemerkt zu dieser Frage sub: Tatsächliche Momente: „Auch wenn der Inhalt des Rechtes vorhanden ist, kann doch ein Mangel im Rechte darin liegen, daß der reale Gegenstand, der das wirtschaftliche Ziel des Rechtes ist, den Zusagen nicht entspricht. Bei Forderungen ist dieses Moment von geringerer Bedeutung.

Sie sind fast ausschließlich auf Geld gerichtet. Nur bei der Zusage realer Sicherheiten kann die Angabe über deren Wert erheblich werden. Das Hauptanwendungsgebiet dieser Rechtsgewährleistung liegt beim Verkaufe von Aktien. Hier werden häufig, sei es allgemein auf Prospekten, sei es bei dem einzelnen Verkaufe Angaben über das Unternehmen, das der Aktiengesellschaft zugrunde liegt, gemacht. Sie beziehen sich sowohl auf die Beschaffenheit des vorhandenen Geschäftsvermögens, als auf dessen Resultate." Alsdann fährt Düringer fort: „verkauft ist nur die Aktie, ein Recht auf Mitgliedschaft an einem Unternehmen. Die Eigenschaften dieses Unternehmens, seine wirtschaftliche Basis, seine Ergebnisse ꝛc. sind niemals Sacheigenschaften. Es handelt sich auch hier nur um das Recht, das verkauft wurde. Nur ist der reale Wert des Aktienrechtes ein anderer, wenn es an einer Gesellschaft besteht, die 10 % Dividende gab, als an einer, die nur 3 % verteilt hat. Die Gewährleistung erfolgt nicht für die Eigenschaft der Sache. (Die Tonlager in dem Grundstücke.) Diese erwirbt der Käufer nicht. Er kann sie auch nicht ansehen und untersuchen. Die Gewährleistung ist vielmehr auch hier Rechtsgewährleistung. Denn die Beschaffenheit des Gegenstandes, auf den sich das Recht bezieht, bildet einen wesentlichen Teil seines Inhaltes. Wenn ein Geschäftsanteil einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verkauft wurde mit der Zusicherung: die Gesellschaft betreibe ein Bergwerk mit Erzlagern in bestimmter Ausdehnung, sie produziere jährlich bestimmte Quantitäten, die sie vorteilhaft absetze ꝛc., so ist einerseits bei Unrichtigkeit dieser Zusagen die Haftung des Verkäufers zweifellos gegeben, andererseits haftet er nicht nach den Vorschriften über die Mängel der

Sache. Die Haftung ist eine solche für den Bestand des Rechtes in der zugesagten Art. Eine andere Basis, als § 437 Abs. 1 BGB. läßt sich nicht finden." Düringer — cfr. D. J. Z. 1905 S. 375 — faßt derartige Zusicherungen als zum rechtlichen Bestande des verkauften Rechtes gehörig auf. Derselbe geht von § 437 aus und argumentiert: Der § 437 bestimmt die Haftung für den rechtlichen Bestand des Rechtes. Unter rechtlichen Bestand begreift Düringer „eine gewisse Qualifizierung des Rechtes" und umfaßt schließlich unter dem Begriffe rechtlicher Bestand den wirtschaftlichen Wert des Kaufgegenstandes, indem er ausführt: „Der rechtliche Bestand des Aktienrechtes ist ein wesentlich verschiedener, je nachdem die Aktie ein Recht auf die Dividende tatsächlich, nicht nur theoretisch gewährt oder nicht. So gut als man die Rentabilität eines Hauses als eine Eigenschaft desselben im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB. auffaßt, wird man auch die Rentabilität eines verkauften Rechtes als zum Bestande desselben gehörig auffassen müssen."

Diese Auffassung, die viele Anhänger hat, steht m. E. im Widerspruch mit der Begriffsbestimmung der Rechte und des rechtlichen Bestandes, vgl. S. 2/3; insbesondere ist das „wirtschaftliche Ziel des Rechtes" oder die Beschaffenheit des Gegenstandes, auf den sich das Recht bezieht, nicht Teil oder gar wesentlicher Teil seines Inhaltes. Ferner fällt die Rentabilität des verkauften Rechtes nicht unter den rechtlichen Bestand desselben; vgl. u. a. Lehmann, Handelsrecht § 167 S. 705 „sind Rechte, insbesondere Forderungen, Gegenstand des Kaufes, so hat nach bürgerlichem Rechte der Verkäufer nur für den rechtlichen Bestand — bei Forderungen nomen verum — nicht

für die Güte, insbesondere bei Forderungen nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners — nomen verum — einzustehen"; auch tangiert der Umstand den rechtlichen Bestand des Aktienrechtes rechtlich nicht, ob die Aktie nur theoretisch ein Dividendenrecht gewährt oder auch tatsächlich. Hierin zeigt sich vielmehr gerade der Unterschied zwischen dem ideellen Charakter der Berechtigung und ihrem Nutzwerte. Der Nutzwert aber, oder die Rentabilität sind nicht Qualifizierungen der Existenz des Rechtes. Allerdings ist der Umstand, ob die Aktie lediglich theoretisch zu Dividenden berechtigt oder sie effektiv gewährt, wirtschaftlich von entscheidendster Bedeutung. Es ist aber nicht angängig, deshalb die auch im BGB. — cfr. §§ 437 und 438 — zum Ausdruck gelangende scharfe Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Bestande, der im Zweifel genau fixiert ist, und dem wirtschaftlichen Werte des verkauften Rechtes zu trüben. Vgl. Neukamp in Holdheim's Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1905 S. 4, „indem § 437 BGB. dem Verkäufer einer Forderung oder eines Rechtes die Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes auferlegt, statuiert er zu Lasten des Verkäufers eine kraft Gesetzes eintretende Garantie für den Rechtbestand, ohne daß es auf Seiten des Verkäufers einer besonderen Zusicherung bedarf. Deshalb hat der Käufer, falls die Forderung oder das Recht ganz oder teilweise nicht existieren, nach seiner Wahl Anspruch auf Erfüllung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt vom Vertrage (§ 440 BGB.) und zwar alles, dieses, auch wenn beim Vertragsschluß ein Verschulden des Verkäufers oder eine Unkenntnis desselben von dem Mangel des Rechtes nicht vorgelegen hat. Im § 438 BGB. wird

sodann bestimmt, daß der Verkäufer für den „wirtschaftlichen Bestand einer Forderung" — d. h. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners der Forderung — nur dann haftet, wenn er diese Haftung ausdrücklich übernommen hat

Diese scharfe Scheidung zwischen dem „rechtlichen Bestand" und dem „wirtschaftlichen Wert" — der Realisierbarkeit — einer Forderung wird vollständig verwischt, wenn man mit Düringer-Hachenburg Bd. III S. 42 die Formel aufstellt, in Fällen, in denen Aktien einer Aktiengesellschaft verkauft seien, die nicht das zugesicherte Tonlager besitze — ROHG. Bd. 18 S. 180 — oder die nicht das zugesicherte Quantum produziere — Bolze, Bd. 17 Nr. 417 — oder die nicht die zugesicherte Dividende gewähre, liege eine Haftung für den Bestand des Rechtes in der zugesicherten Art vor und käme deshalb eine Rechtsgewährleistung in Frage; denn nicht der Rechtsbestand des Aktien- oder Dividendenbezugsrechtes wird in Frage gestellt, wenn jene Versicherungen sich als unrichtig erweisen, sondern lediglich der wirtschaftliche Wert der Aktie."

Vgl. ferner Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 331, „aber Düringer dehnt die Haftung aus § 437 viel zu weit aus. Wenn er die wirtschaftliche Rentabilität des verbrieften Rechtes als zum Bestande desselben gehörig bezeichnet, so enthält das, wie Hagens im Anschlusse an ein von Neukamp mitgeteiltes Kölner Urteil zutreffend bemerkt, eine Verwischung der im BGB. enthaltenen scharfen Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Bestande und dem wirtschaftlichen Werte der Kaufgegenstände." [1] Vgl. ferner Lehmann: Recht

1) cfr. Staub, Comm. z. HGB. II, Anm. 3, wonach die Ansicht Düringer-Hachenburgs „eine Rückkehr zu der ältesten Lehre von der Haftung des Zedenten bedeutet".

der Aktiengesellschaften, Bd. II, S. 46: „Nicht haftet der Verkäufer in Ermangelung besonderer Zusicherungen oder arglistigen Verhaltens dafür, daß das Aktienrecht eine bestimmte Dividende gewährt, oder daß die Liquidationsquote den vollen Nennbetrag der Aktie erreicht. Denn so wenig der Verkäufer einer Forderung an sich eine Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernimmt, so wenig liegt in dem Verkaufe einer Aktie die Zusage der Prosperität des Unternehmens. Der Käufer muß vielmehr ebenso mit den wechselnden Konjunkturen wie mit der Abänderlichkeit des Statutes durch Mehrheitsbeschlüsse von vornherein rechnen. Ebenso hat der Käufer den Schaden zu tragen, der nach Abschluß des Kaufes ihn durch einen Auflösungsbeschluß, durch Herabsetzung oder Erhöhung des Grundkapitales trifft, es sei denn, daß der Verkäufer unter Verletzung seiner Vertragspflichten die Herbeiführung derartiger Beschlüsse verursacht hat; auch ein nachträglich eintretender Konkurs trifft den Käufer."

Die fraglichen Zusicherungen betreffen demnach nicht den rechtlichen Bestand der verbrieften Rechte. Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht, S. 57, Anm. 3: „Der Verkäufer von Wertpapieren haftet außer für Mängel der Sache für etwaige Mängel des Rechtes und für Zusicherungen, z. B. Angaben und Prospekte, welche die Bauwürdigkeit eines Bergwerkes zusagen, das bauunwürdig ist." Die Zusicherungen stellt Dernburg an dieser Stelle den Rechten gegenüber. Ebenso äußert sich Hanausek II, S. 377, Anm. 14 und ROHG. Bd. I, Nr. 48, S. 167.

Die fraglichen Mängel tangieren demnach nicht den Rechtsbestand, sind infolgedessen keine Rechtsmängel. Zustimmend ist in dieser Hinsicht eine Entscheidung des Reichs-

gerichtes in Bd. 59, Nr. 70. Dieselbe handelt von derartigen dicta et promissa und führt aus: „Bei Kauf und Verkauf von Wertpapieren ist ein Doppeltes zu unterscheiden: das Papier als solches, welches den Erwerb des darin verbrieften Rechtes ermittelt und das in dem Papiere verbriefte Recht, welches den materiellen Inhalt des Erwerbsgeschäftes darstellt. Haftungen des Verkäufers können gegebenen Falles eintreten, weil das dem Käufer an dem verkauften Papiere verschaffte Recht mangelhaft ist; aber ebenso auch, weil das im Papiere verbriefte Recht ganz oder zum Teil nicht zu Recht besteht, oder weil es zwar rechtlich ohne Mangel, aber in seinem tatsächlichen Bestande mangelhaft ist“.

Vorstehende Entscheidung faßt demnach das Fehlen der Zusicherungen als Mängel im tatsächlichen Bestande des Rechtes auf. Demgegenüber ist zu beachten, daß die erwähnten Zusicherungen dicta et promissa tatsächlicher Art sind. Sie alle stellen eine Zusage dar über den Wert der Urkunde. Sie versichern die Bonität derselben, stehen demzufolge hinsichtlich ihrer rechtlichen Charakterisierung auf einer Stufe mit der Zusicherung des § 438 BGB.

Das BGB. charakterisiert derartige Zusicherungen nicht: es normiert im § 438 die Haftung für die Bonität von Forderungen im Falle eines dahin lautenden dictum et promissum, ohne den Charakter dieser Haftung, ob Rechts- oder Sachmängelhaftung anzugeben, indem es die Bestimmung derselben und im Anschlusse daran die Auswahl der rechtlichen Bestimmungen im Falle der Gewährleistungspflicht der Wissenschaft und Praxis überläßt — vgl. § 440, Abs. 1 BGB.

§ 7. Die Gewährleistung für das Wertpapier.

1. Die dreifache Behandlung der Wertpapiere beim Kauf.

Nunmehr kommen wir zur Behandlung der Wertpapiere beim Kaufe, insbesondere zur Gewährleistung für dieselben mit Berücksichtigung etwaiger dicta et promissa.

In der Wissenschaft gehen die Ansichten darüber auseinander, ob der Kauf des Wertpapieres als Kauf einer Sache oder als Kauf eines Rechtes oder sogar als Kauf einer Sache und eines Rechtes, also als ein Doppelkauf anzusehen sei. Solange der rechtsverbriefenden Urkunde nur eine Beweisfunktion zuerkannt wurde, galt das Wertpapier als Recht, betrachtete man den Kauf desselben lediglich als Rechtskauf. Auf diesem Standpunkte stand Thöl, cfr. Thöl, Deutsches Handelsrecht Bd. II S. 82. Brunner scheint derselben Ansicht zu sein. Vgl. Brunner: Die Wertpapiere in Endemann's Handbuch des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts Bd. II: „Mit Rücksicht auf das zivilrechtliche Band, das zwischen dem Rechte und der Urkunde besteht, sind die Wertpapiere den allgemeinen Rechtssätzen über die Vindikation beweglicher Sachen nicht unterworfen.“

Das Umgekehrte wurde der Fall, als die Kreationstheorie aufkam. Das Sachelement erschien jetzt als die Hauptsache, insofern als in dem Papiere das Recht verkörpert erschien. Vgl. Gerber, System des Deutschen Privatrechtes 1886 S. 299. „Die Schuldurkunde ist der verkörperte Wille des Schuldners, der nur in ihr vorhanden ist. Das Stück Papier ist das Objekt aller Rechtsgeschäfte, während die Funktion desselben als forderungsberechtigendes Moment dabei wie eine sekundäre

Erscheinung zunächst außer Ansatz bleibt." Diese Auffassung wird unterstützt durch die an verschiedenen Stellen des BGB. und auch der ZPO. stattfindende Behandlung der Wertpapiere als Sachen und durch die Äußerungen der Protokolle zum BGB.: „daß die moderne Anschauung dahingehe, die Wertpapiere in ihren rechtlichen Beziehungen als Sache zu behandeln."

Eine dritte Ansicht behandelt den Kauf des Wertpapieres zugleich als Sach- und Rechtskauf und läßt, soweit es sich um die verkaufte Sache handelt, die Regeln des Sachkaufes, soweit es sich um das verkaufte Recht handelt, die Regeln des Rechtskaufes eintreten. Diese Ansicht vertritt insbesondere Jacobi. Vgl. Jacobi: Die Wertpapiere S. 101. „Das Wertpapier ist nur des verbrieften Rechtes wegen vorhanden. Aber das Recht kann ohne das körperliche Substrat nicht geltend gemacht werden, sodaß es im Rechtsleben ohne das Papier grundsätzlich nicht in die Erscheinung tritt. So kommt dasselbe Recht, welches sonst den Papierstoff als körperliche Sache im Verhältnis zur Bedeutung des verbrieften Rechtes im wesentlichen ignoriert, bei den Wertpapieren wieder dazu, dieselben als Sachen anzusehen." Derselben Auffassung ist Dernburg. Vgl Dernburg: Bürgerl. Recht Bd. II 2 S. 46 Anm. 2 und Düringer-Hachenburg HGB. Bd. III S. 31

Die ausschließliche Behandlung des Wertpapieres als Recht endigte mit dem Aufkommen der Kreationstheorie.

2. Kritik der Ansicht III.

Rechts- und Sachkauf — Stellungnahme des BGB. zu der Frage.

Ich verfolge nunmehr zunächst die Ansicht, welche das Wertpapier streng als Sache und als Recht behandelt.

Diese Auffassung ist zur Zeit als die allgemeine vorherrschende zu betrachten. Sie scheint jedoch nicht die praktisch richtige zu sein, weshalb hier und da Stimmen laut werden, die für die Behandlung der Wertpapiere als Sachen eintreten.

Die Ansicht, welche die Duplizität der Behandlung durchführt, — Ansicht III — folgt der rechtlichen Struktur der Wertpapiere, ohne auf die Möglichkeit juristischer Vereinfachung Rücksicht zu nehmen, ohne ferner der Auffassung des wirtschaftlichen Lebens berechtigte Konzessionen zu gewähren.

Diese Ansicht macht den Verkauf eines Wertpapieres, insbesondere beim Vorliegen von dicta et promissa juristisch sehr kompliziert. Für die Urkunde als solche findet nach derselben Sachgewährleistung, für das verbriefte Recht Rechtsgewährleistung statt. Bevor ich hierauf, insbesondere auf die rechtliche Behandlung der dicta et promissa näher eingehe, ist es am Platze, in Kürze zu erörtern, in welchen Fällen der sogenannten Lieferbarkeit von Wertpapieren nach allgemeiner Ansicht von Wissenschaft und Praxis Sachmängel vorliegen und demzufolge Sachgewährleistung stattfindet und in welchen Fällen es sich um Rechtsmängel handelt, demgemäß Rechtsgewährleistung statthat.

3. Die Lieferbarkeit der Wertpapiere.

Sachmangel, Rechtsmangel, tatsächlicher Mangel.

Über die Lieferbarkeit von Wertpapieren führt Lehmann folgendes aus: — vgl. Lehmann, HGB. 1907, § 169, S. 708 ff. — „Die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über die Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache gelten im großen auch für den Handelskauf, dessen

Gegenstand Waren sind. Sind Gegenstand Wertpapiere, so gelten sie zweifellos, soweit es sich um physische Fehler der Urkunde handelt. Zweifelhaft ist dagegen ihre Anwendung auf andere Fälle der Nichtlieferbarkeit von Wertpapieren."

Unter Lieferbarkeit der Wertpapiere versteht man die Art der Beschaffenheit derselben, die erforderlich ist, damit das Wertpapier verkehrsfähig, insbesondere „üsancemäßig gangbar" ist. Die üsancemäßige Gangbarkeit ist abhängig von dem Vorhandensein der verschiedensten Erfordernisse tatsächlicher Art, die sich nach der Art der Klassen, innerhalb dieser wieder nach dem einzelnen Papiere richten. Die detailliertesten Vorschriften enthalten in dieser Hinsicht die Üsancen für die Geschäfte an den Fondsbörsen, speziell die „besonderen Bestimmungen bezüglich der Lieferbarkeit einzelner Wertpapiere" der Berliner Fondsbörse. Dieselben einzeln aufzuführen würde abseits unserer Zwecke liegen. Im Sinne vorliegenden Themas ist es von Bedeutung, die Fälle der Nichtlieferbarkeit von Wertpapieren juristisch zu charakterisieren. Die Nichtlieferbarkeit kann ihren Grund darin haben, daß das fragliche Wertpapier mit einem Defekt behaftet ist, der dasselbe als ein „aliud" erscheinen läßt. Diese Fälle scheiden für unsere Betrachtung aus, da wir uns nur mit der Gewährleistung für Rechts- und Sach- bzhw. tatsächliche M ä n g e l beim Verkauf von Wertpapieren befassen. Stempelt der Defekt das gelieferte Papier nicht zu einem „aliud", so liegt ein „Q u a l i t ä t s m a n g e l" vor — cfr. L e h m a n n und R i n g, HGB. Bd. II, S. 185.

Die Qualitätsmängel sind darauf hin zu prüfen, ob sie Sach- oder Rechtsmängel sind. Für alle Sachmängel der Wertpapiere gilt das auf Seite 2 der Arbeit Gesagte,

wonach als allgemeines gegen die Rechtsmängel abgrenzendes Kriterium gilt, daß Sachmängel als sinnlich wahrnehmbare Defekte in die Erscheinung treten. Alle anderen Mängel sind demnach entweder Rechtsmängel im engeren Sinne des Wortes oder namentlich beim Vorliegen von dicta et promissa in Bezug auf die verkauften Papiere tatsächliche Mängel — vgl. S. 3/4 der Arbeit.

Als Sachmängel führt Düringer-Hachenburg in seinem HGB. III, S. 321 ff. vier Klassen auf:

1. „Alle Schäden des Papieres selbst, welche dessen Verwertung erschweren. Es können Teile der Urkunde selbst fehlen. Alsdann müssen es solche sein, auf denen eine Erklärung oder ein Teil einer solchen gestanden haben kann oder welche sonst für die Urkunde, z. B. zur Prüfung ihrer Echtheit, von wesentlicher Bedeutung sind. So, wenn bei Aktien der Rand der Souche abgeschnitten ist. Es kann die Urkunde zwar vollständig sein, aber zerrissen und wieder geflickt oder geklebt. Es kann die Urkunde teilweise nich mehr lesbar sein, z. B. durch Tintenflecke ꝛc., oder sie kann Rasuren und ähnliche Einwirkungen zeigen, welche die Sicherheit ihres Inhaltes gefährden. Vorausgesetzt ist wieder, daß es sich dabei um solche Stellen handelt, die für die Ausübung des Rechtes von Bedeutung sind.“ Als zweite Kategorie von Sachmängeln zählt Düringer-Hachenburg — cfr. Dür.-Hach. HGB. III, S. 32 ff. — auf:

2. „Fehlen der vorausgesetzten, selbständigen Beilagen der Urkunde — Zins-, Dividendenbogen und Talons. — Einerlei wie das Rechtsverhältnis derselben zur Haupturkunde zu konstruieren ist, — vgl. Deneke: der Erneuerungsschein in Iherings Jahrbüchern, Bd. 42, S. 353 ff. —

erscheint ihr Fehlen als ein sachlicher Mangel. Das gleiche gilt von dem Nichtvorhandensein eines der Aktie beigegebenen besonderen Genußscheines — vgl. Hanausek II, S. 372, Makower, § 377 IV. c. —"

Die dritte Kategorie von Sachmängeln bilden Wertpapiere bei: „Fehlen des gesetzlich vorgeschriebenen Stempels." (ROHG. XX., S. 419.) [1]

Als vierte Art der Sachmängel gelten nach Düringer-Hachenburg eodem Fälle verwandter Art. „Das charakteristische Moment ist hier in der Regel, daß es sich um sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften handelt, welche eine Untersuchung und eine Entdeckung durch Untersuchung der Sache ermöglichen." — cfr. Dür.-Hach. eodem.

In allen angeführten Fällen liegen m. E. wirkliche Sachmängel vor, auf die unbeanstandet die Vorschriften über die Sachgewährleistung Anwendung finden dürften. Sodann fahren Düringer-Hachenburg fort: „Liegen nicht äußerlich erkennbare Mängel der Sache, sondern Mängel im Rechte vor, so greifen nicht die Grundsätze des BGB. über Sachgewährleistung und nicht die Vorschriften des § 377 HGB. Platz, sondern es kommen die Bestimmungen des BGB. über Rechtsverschaffung und Rechtsgewährleistung zur Anwendung."

Schon die Formulierung dieses Satzes ist m. E. nicht ganz richtig. Wie bereits ausgeführt, ist nicht notwendig „alles, was nicht äußerlich erkennbar mangelhaft" ist, Mangel im Recht; außer den Rechtsmängeln gibt es vielmehr bei Wertpapieren noch tatsächliche Mängel, die weder begrifflich zu den Rechtsmängeln gehören, noch aus juristi-

1) cfr. Düringer, HGB. III, S. 322 ff.

schen wie praktischen Gründen als Rechtsmängel behandelt werden. Rechtsmängel sind nur solche Mängel, die den rechtlichen Bestand des Wertpapieres betreffen.

Im Gebiete der Rechtsmängel sind nach Düringer-Hachenburg III, S. 36 ff. folgende Fälle zu unterscheiden:

1. „Das in der Urkunde verbriefte Recht ist nicht entstanden: Fall, in welchem die Urkunde intakt, die Willenserklärung aber unwirksam ist, z. B. Verkauf einer Aktie vor Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister.

2. Das in der Urkunde verbriefte Recht ist erloschen. In diesen beiden Fällen findet Rechtsverschaffung gemäß § 433 statt.

3. Dem in der Urkunde verbrieften Rechte steht eine Einrede entgegen, z. B. die Einrede der Verjährung. Haftung: Rechtsgewährleistung aus § 437."

Als vierte Klasse führt Düringer-Hachenburg amortisierte und zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgebotene Papiere an. — cfr. Dür.-Hachenb. III, S. 38.

In vorstehenden 4 Fällen findet Rechtsgewährleistung statt.

Düringer-Hachenburg erwähnen alsdann drei weitere Fälle, bei welchen Rechtsgewährleistung stattfinden soll (cfr. Dür.-Hachenb. III S. 40). Diese sind:

1. „Das in der Urkunde verkörperte Recht entbehrt zugesagter Eigenschaften.

2. Das in der Urkunde verkörperte Recht entbehrt zugesagter Nebenrechte, z. B. Pfandrecht.

3. Das in der Urkunde verkörperte Recht bzw. der reale Gegenstand, der das wirtschaftliche Ziel des Rechtes ist, entspricht nicht den Zusagen."

In diesen drei letzten Fällen ist m. E. die Sach-

gewährleistung am Platze. In denselben handelt es sich um Zusicherungen tatsächlicher Art, die für die Bonität des verkauften Wertpapieres von Bedeutung sind. Diese Zusagen betreffen, wie auf S. 17 ff. der Arbeit ausgeführt ist, nicht den Rechtsbestand der verkauften Rechte. Vgl. hierzu Hagens in D. J. Z. 1905 Nr. 14 S. 665: „Was die erste Frage anbelangt — nämlich, was bei Inhaberpapieren unter dem „rechtlichen Bestand des Rechtes" im Sinne des § 437 Abs. 1 zu verstehen sei —, so lehren Düringer-Hachenburg, HGB. III S. 41 ff., daß beim Verkaufe von Aktien tatsächliche Angaben inbezug auf die Beschaffenheit des Geschäftsvermögens, die bisher erzielten Resultate und dgl., sofern es sich um ernstliche Zusagen handelt, die Haftung des Verkäufers nach § 437 BGB. begründen. Die Haftung sei eine solche für den Bestand des Rechtes in der zugesagten Art und unterliege nicht der kurzen Verjährung der §§ 477 ff. BGB. Mit Recht wird m. E. dieser Ausführung vom OLG. Köln in dem von Neukamp mitgeteilten Urteile entgegengehalten, daß damit die im BGB. — vgl. §§ 437 und 438 — enthaltene scharfe Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Bestande und dem wirtschaftlichen Werte des verkauften Rechtes verwischt wird. Die Haftung aus § 437 steht auf gleicher Linie mit der im § 433 bestimmten Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum an der Sache zn verschaffen. Wie hierzu im scharfen Gegensatze steht die im § 459 festgesetzte Haftung für tatsächliche Eigenschaften der Sache, so besteht derselbe Gegensatz zwischen der in § 437 festgesetzten Haftung für die Verität des Rechtes und einer etwaigen Haftung für dessen Bonität. In dieser Hinsicht kann sich Düringer m. E. auch nicht, wie Neukamp allerdings zugibt, auf

den Aufsatz Lehmann's in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 51 S. 373 berufen, ebensowenig auf Makower." Ferner „in der von Düringer erwähnten Entscheidung endlich, wo unrichtige Zusicherungen über die tätsächlichen Verhältnisse der Aktiengesellschaft behauptet waren, ist ausgesprochen, daß die angegebenen Mängel den rechtlichen Bestand der Aktiengesellschaft und der in den Aktien verbrieften Aktionärrechte nicht beträfen, sondern sich auf den „tatsächlichen Bestand" dieser Rechte bezögen, wodurch die hier besprochene Ansicht von Düringer-Hachenburg abgelehnt wird. Diese Ansicht steht unverkennbar unter dem Eiuflusse der französisch-rechtlichen Indikatur, in welcher bekanntlich der Grundsatz herrschte, daß nicht zutreffende dicta et promissa allgemein die Resiliationsklage nach Art. 1183 C. c. begründeten.

Zu dem zweiten der zuletzt gedachten Fälle zieht Lehmann als Judikatur heran zunächst RGE. Bd. 56, vgl. Lehmann, HR. § 160 S. 708 ff. Diese Entscheidung läßt in dem Falle eines Verkaufes von Aktien mit der Zusicherung eines Pfandrechtes an Wertpapieren für eine garantierte Dividende in Höhe von 6% in Anbetracht der Tatsache, daß die hinterlegten Wertpapiere Aktien derselben Art waren wie die verkauften und daraus resultierender Nichterfüllung eines wesentlichen dictum et promissum inbezug auf die verkauften Aktien Rechtsgewährleistung stattfinden, indem sie ausführt: „Zugesichert ist im vorliegenden Falle ein mit den Aktien verbundenes Recht, nämlich ein Pfandrecht an sicheren Wertpapieren für die von der Firma J. W. L. & Söhne für 10 Jahre garantierte Dividende in Höhe von 6%. Daß Beklagte für den Bestand des verkauften Aktienrechtes

selbst gemäß § 437 BGB. haften würde, ist nach dem Wortlaute dieser Bestimmung zweifellos. Dasselbe muß aber sinngemäß auch von solchen Nebenrechten gelten, welche von dem Verkäufer als mit dem verkauften Aktienrechte verbunden bezeichnet werden; denn dadurch werden auch sie zum Gegenstande des Verkaufes und gehören somit zu dem vom Verkäufer zu gewährleistenden Rechtsbestande. Die Zusicherung solcher Nebenrechte ist daher keine Zusicherung „von Eigenschaften der verkauften Sache im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB."

Auf vorliegenden Fall halte ich die Vorschriften betreffend die Sachgewährleistung für anwendbar. Zugesichert ist eine 6 prozentige Dividende, für deren Sicherheit ein Pfandrecht an Wertpapieren begründet wurde. Eine solche Zusicherung ist eine Zusicherung der Bonität, also eine Zusicherung tatsächlicher Art, welche entgegen der in der Entscheidung geäußerten Auffassung den zu gewährleistenden Rechtsbestand nicht tangiert — vgl. die Ausführungen auf Seite 17 ff. — der Arbeit. In Übereinstimmung hiermit steht die Ansicht Hagens in DJZ. 1905, S. 667, der es zur Ausfüllung einer sonst entstehenden empfindlichen Lücke für geboten hält, beim Verkauf von Rechten in Bezug auf Zusicherungen tatsächlicher Art Sachgewährleistung stattfinden zu lassen.

Dasselbe gilt von dem Falle, der in RGE. Bd. 59, S. 240 ff. entschieden ist. Auch hier handelt es sich um Mängel tatsächlicher Art in dem Gegenstande des Aktienunternehmens. Auf diese dürften die Vorschriften über die Sachgewährleistung Anwendung finden, cfr. Hagens DJZ. 1905.

Zustimmend ist ferner ROHG., Bd. 18, S. 180 flg. welches die Pflicht zur Sachgewährleistung in einem Falle

annimmt, wo der Prospekt, auf Grund dessen die Aktien gekauft waren, die unrichtige Angabe enthielt, daß sich unter dem Areale der Fabrik umfangreiche Ton- und Lehmlager befänden.

Auch den Ausführungen Lehmanns im Recht der Aktiengesellschaften, Bd. II, kann ich nicht zustimmen. Lehmann verlautet in Bd. II, S. 51: „Dagegen würde der Umstand, daß das gekaufte Aktienrecht gewisser Eigenschaften entbehrt, die nach den Verkaufsbedingungen bei ihm als vorhanden angenommen worden sind, z. B. mit einem geringerwertigen Dividendenrecht ausgestattet ist, als zugesichert war, oder hinsichtlich der Liquidationsquote zurückgesetzt ist, oder des gesetzlichen Bezugsrechtes entbehrt, ebenso das Fehlen von Nebenwertpapieren keinen physischen Mangel darstellen. Vielmehr handelt es sich entweder um einen Mangel im Rechte oder um unvollständige Erfüllung.“ Für den ersten Teil dieser Ausführungen Lehmanns beziehe ich mich auf meine Ausführungen auf Seite 4, 6 und 18 der Arbeit, für den zweiten Teil derselben schließe ich mich den bezüglichen Ausführungen Neukamps an. Cfr. Neukamp in Holdheims Monatsschrift 14, S. 5: Nach jener Ansicht würde „das Fehlen von Nebenwertpapieren oder die Anheftung falscher Nebenwertpapiere keinen Sachmangel, sondern einen „Mangel im Rechte“ darstellen (Lehmann a. a. O., S. 387, 388), für welchen der Verkäufer gemäß § 437 BGB. zu haften hätte. Es würde also der Käufer von Inhaberaktien, bei denen die Gewinnanteil- oder Gewinnanteilerneuerungsscheine fehlen und deshalb an der Börse nicht „lieferbar“ sind, noch nach Jahren (§ 195 BGB.), und ohne daß es der im § 377 HGB. vorgesehenen Mängelrüge bedurfte, vom Kaufvertrage zurücktreten und in solchem

Falle, also in einer der Verkehrssicherheit widerstreitenden Weise auf Kosten des Verkäufers spekulieren, d. h. dann seinen Rücktritt erklären können, wenn durch irgend welche ungünstigen Umstände ein Kursrückgang eingetreten ist. Denn da mit den Verkauf von börsengängigen Papieren ohne weiteres die Haftung für ihre Umlauffähigkeit verknüpft ist, so ist jener Folgerung von dem gegnerischen Standpunkte aus nicht auszuweichen, eine Folgerung, deren praktische Unbrauchbarkeit auch zugleich ihre juristische Unhaltbarkeit erweist, weshalb denn auch Düringer-Hachenburg inkonsequenter Weise (Note III, 5 b zu § 381) einen derartigen Mangel als einen Sachmangel bezeichnen. Die gleichen Folgerungen ergeben sich übrigens auch, wenn eine mit einem Außerkurssetzungsvermerk versehene Aktie geliefert ist, oder wenn Zusicherungen der oben erwähnten Art — Zusicherungen tatsächlicher Art — vorliegen."

Endlich ist folgendes zu bemerken: Die Anhänger der Ansicht III stützen dieselbe auf § 437 BGB. Der Paragraph 437 BGB. normiert die Gewährleistung für verkaufte Forderungen und Rechte. In demselben Paragraphen erwähnt das BGB. das Wertpapier.

Zu diesem Paragraphen ist zu bemerken: In § 437 ist zunächst die Haftung für Wertpapiere nicht derart behandelt, daß dieselbe ausschließlich — vgl. RGE. Bd. 63, S. 14 — die Haftung für das verkaufte Recht regelte. Der § 437 hat ferner nicht einmal eine prinzipielle Bedeutung für die Frage, welche Gewährleistung für die verbriefte Urkunde Platz greift.[1] In § 437

1) „Es sollte durch § 437 Abs. 2 BGB. gerade die Frage, ob die Wertpapiere, der modernen Rechtsentwickelung folgend, wie körperliche Sachen zu behandeln seien, nicht entschieden werden. Nur der

ist der Verkauf des Wertpapieres als Verkauf einer Forderung behandelt, und zwar stellt die Bestimmung des § 437 Abs. 2 lediglich eine Entscheidung über die Frage dar, ob das Bestehen eines Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Kraftloserklärung eines Wertpapieres einen Mangel im rechtlichen Bestande desselben bilde. Darüber, welche Gewährleistung im übrigen für die verbriefte Urkunde Platz greift, enthält der Paragraph keine Vorschriften.

Diese Interpretation des § 437 ergibt sich aus der Betrachtung der Entstehungsgeschichte desselben. Im ersten Entwurfe des BGB. war derselbe nicht enthalten, weil eine derartige Bestimmung als vorgreifend erschien. Die II. Kommission brachte den Absatz 2 hinein. Gegen die Formulierung desselben, nämlich den Satz 2 des Paragraphen a wurde geltend gemacht, „daß es nicht angezeigt erscheine, die beantragte Bestimmung, welche in eine noch nicht zum Austrage gelangte wissenschaftliche Streitfrage eingreife, in das BGB. aufzunehmen. Die moderne Rechtsentwickelung gehe dahin, die Wertpapiere in ihren rechtlichen Beziehungen wie körperliche Sachen zu behandeln. Es werde deshalb in Zweifel gezogen werden können, ob das Bestehen eines Aufgebotes gegen ein Wertpapier als ein rechtlicher oder physischer Mangel anzusehen sei."

Hieraus geht hervor einerseits, daß der § 437 einen singulären Streitfall entscheidet, daß andererseits die Ansichten darüber im allgemeinen noch nicht geklärt waren, was bei einem Wertpapier als Rechts- oder Sachmangel gilt und

---

Zweifel sollte beseitigt werden, ob das Bestehen eines Aufgebotes einen rechtlichen oder einen physischen Mangel darstelle". — Cfr. Staub, Komm. z. HGB. II, Anm. 3.

inwieweit die Wertpapiere in ihren rechtlichen Beziehungen wie körperliche Sachen zu behandeln sind.

Aus einer unrichtigen Interpretation des § 437 ist im Anschlusse an die juristische Doppelnatur des Wertpapieres die Auffassung entstanden, daß gemäß § 437 für das verbriefte Recht Rechtsgewährleistung stattfinden müsse, daß ferner § 437 die Haftung für das verbriefte Recht mit Einschluß etwaiger dicta et promissa ausschließlich regele, weshalb Zusagen tatsächlicher Art als den Rechtsbestand betreffend behandelt wurden.

Wir kommen zur Prüfung der Ansicht, die den Kauf von Wertpapieren in allen Beziehungen als Sachkauf behandelt.

4. Die „sachenrechtliche" Behandlung der Wertpapiere.

Der modernen Entwickelung folgend — vgl. S. 43 — behandelt das BGB. Wertpapiere wie bewegliche Sachen in den Paragraphen 372, 702, 783, 935, 1362, 1381, 1525, 1550, 1646 und 1686.

Das HGB. stellt in den Paragraphen 1, 93, 381 und 383 die Wertpapiere den Waren — beweglichen Sachen — gleich.

Die ZPO. unterwirft die Wertpapiere in den §§ 592, 688 und 794 Z. 5 ebenfalls den daselbst für Sachen gegebenen Vorschriften. In § 831 stellt sie Wechsel und indossabele Papiere in Bezug auf die Pfändung den beweglichen Sachen gleich, während die Befriedigung aus denselben nach den Grundsätzen erfolgt, die für die Zwangsvollstreckung in Forderungen und in andere Vermögensrechte gilt. Gemäß § 808 behandelt die ZPO. Wertpapiere in Bezug auf Pfändung und Befriedigung wie körperliche Sachen.

Instruktiv ist insbesondere die verschiedenartige Behandlung der Wechsel und indossabelen Papiere einerseits,

der übrigen Wertpapiere andererseits. Beide sind rechtsverbriefende Urkunden. Deswegen werden sie wegen der Bedeutung, die die Urkunde für die Verwertung des Rechtes hat, in Bezug auf die Pfändung den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen unterworfen. In Bezug auf die verbrieften Rechte weichen sie im wirtschaftlichen Verkehr erheblich von einander ab. Das Inhaberpapier wird im wesentlichen der Verzinsung oder des Spekulationserwerbes wegen gekauft. Der Gedanke an die in demselben verbriefte Forderung tritt dabei gänzlich zurück; die Realisierung derselben ist bisweilen sogar ausgeschlossen (Staatsschuldverschreibung). Die Inhaberpapiere haben ferner meist Börsen- oder Marktpreis; ihre Veräußerung geschieht durch einfache Übergabe. Entsprechend der wirtschaftlichen Behandlung behandelt die ZPO. diese Papiere wie Sachen.

Die Verwertung des Wechsels und der indossabelen Papiere geschieht durch Realisierung der Forderung. Diese Papiere haben seltener Börsen- oder Marktpreis. Daher soll der Gläubiger seine Befriedigung aus denselben aus erster Hand durch Einziehung der Forderung bei dem Verpflichteten nehmen.

Hieraus ist ersichtlich, daß der Gesetzgeber weitgehende Rücksicht auf den wirtschaftlichen Verkehr nimmt, indem er aus Zweckmäßigkeitsgründen die Wertpapiere bald als Sachen, bald als Rechte behandelt, ohne hieran durch die rechtliche Struktur, insbesondere die Rechtsnatur derselben gehindert zu werden.

Unsere zu demonstrierende Auffassung soll ferner auf die rechtliche Behandlung des Kaufes von Handelsgeschäften gestützt werden.

5. Behandlung der Handelsgeschäfte beim Kaufe.

Der Verkauf eines Handelsgeschäftes ist wiederholt Gegenstand der Beschäftigung von Theorie und Praxis gewesen. Ein Handelsgeschäft, das sich wirtschaftlich als eine zusammengehörige Einheit repräsentiert, enthält juristisch verschiedenartige Elemente. Als solche kommen in Frage: Sachen (res corporales), insofern als Grundstücke oder Mobilien — Waren, Geschäftseinrichtung — zum Handelsgeschäft gehören; ferner Rechte, insofern als dingliche Rechte oder Forderungen zum Kaufgegenstand gehören; drittens sonstige tatsächliche Werte, die weder Sache noch Recht sind.

Nach Bechmann: System des Kaufes nach gemeinem Rechte Bd. 2 S. 118 — gehört zu den Charakteristiken eines Kaufgegenstandes „Selbständigkeit, Abgeschlossenheit, Individualität." Das Handelsgeschäft entbehrt nach Bechmann[1] dieser Eigenschaften, es ist daher ein bloßes Kollektivum und somit kein selbständiges Kaufobjekt.

---

1) Vgl. S. 137 daselbst: „Nach römischem Rechte sind die übrigen universitates juris keine selbständigen Kaufobjekte, weder die dos noch das peculium; und ganz das nämliche muß von dem Handelsgeschäft behauptet werden. Das Handelsgeschäft als solches ist auch nach Handelsrecht gar kein einheitlich organisiertes Objekt und steht unter keinem einheitlichen Rechtsschutz; es ist ein Kollektivum von Objekten und tatsächlichen Vorteilen. Ein rechtlich anerkanntes und geschätztes Objekt ist lediglich die Firma. Aber das Geschäft kann auch ohne dieselbe veräußert werden, und deshalb kann man auch nicht sagen, daß die Firma das dem Geschäfte die erforderliche rechtliche Objektivität verleihende Element sei. Mit oder ohne Firma veräußert ist das Handelsgeschäft als solches ein bloßes Kollektivum."

Vgl. ferner derselbe S. 141 „auszuschließen — sc. vom Kauf — sind vor allem die rein faktischen, rechtlich nicht geschützten Vorteile. Bezüglich ihrer gibt es kein Haben im rechtlichen Sinne, noch ein analogon desselben. Wenn man hier im gewöhnlichen Leben etwa von „Kaufen" spricht, so liegt, rechtlich betrachtet, lediglich eine gegen

Düringer-Hachenburg sind derselben Ansicht, vgl. Düringer-Hachenburg HGB. 3 S. 124: „Auf den Verkauf von Betriebsgeheimnissen, Rezepten und ähnlichem sind die Bestimmungen über Mängelhaftung nicht anwendbar. Es sind hier keine Sachen verkauft, vielmehr werden hier nach Sachlage die Grundsätze über Dienst- oder Werkvertrag maßgebend sein."

Lehmann läßt die Frage unbeantwortet, vgl. Lehmann HR. S. 709 § 169: „Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit der Grundsätze des BR. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache auf Fälle der Nichtlieferbarkeit von Wertpapieren, zweifelhaft ferner, inwieweit sie zu erstrecken sind auf den Verkauf von Unternehmungen — Handelsgeschäft dergleichen."

Auf einem anderen Standpunkte steht die Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Rostock vom 27. Oktober 1856. Dieselbe behandelt die Angaben über den Durchschnittsbetrag der Jahreseinnahmen aus der verkauften Apotheke als eine Zusicherung, für welche nach dem ädilitischen Edikte gehaftet wird.

Nach Dernburg, vgl. Preußisches Privatrecht Bd. 2 S. 134 sind Zeitungsunternehmen und sonstige Geschäfte Kaufgegenstand. Hanausek läßt gleichfalls

---

Entgelt übernommene Verpflichtung zum Tun, Unterlassen, Dulden vor, also eine Dienstmiete oder ein analogon desselben — nach RR. wäre ein unbenannter Kontrakt nach dem Schema: do ut-ne-facias anzunehmen." Ferner Anmerkung 3 daselbst: „So gibt es auch juristisch nicht den Verkauf einer Zeitung. Das ist einerseits Verkauf des Inbegriffes der zum Zeitungsbetrieb gebrauchten Sachen — wie beim Geschäfte — ferner Verkauf der allenfallsigen Verlagsrechte, die für den Zeitungsbetrieb erworben sind, und die Übernahme der persönlichen Verpflichtung, keine Zeitung gleichen oder ähnlichen Namens zu führen."

Handelsgeschäfte — Fabrik, Gewerbe — als Kaufgegenstand zu. Vgl. Hanausek, Bd. II S. 376 Anm. 14.

Dieselbe Auffassung kehrt in vielen Entscheidungen hoher Gerichtshöfe, namentlich auch des Reichsgerichtes wieder, z. B. im Urteile des III. ZS. vom 5. Dezember 1884, des V. ZS. vom 7. Juni 1902, des III. ZS. vom 19. September 1902.

Für das Recht des BGB. ist nach allgemeiner Ansicht das Handelsgeschäft Kaufgegenstand. Es werden demgemäß auf den Kauf von Handelsgeschäften die Vorschriften über den Kauf angewandt analog, da direkt nur Sachen und Rechte Kaufgegenstand sein können: im Handelsgeschäft sind außerdem tatsächliche Momente enthalten, die weder als Recht noch als Sache anzusprechen sind, vgl. RGE. Bd. 63 Nr. 14, derzufolge auf den Verkauf eines Handelsgewerbes — Handelsgeschäftes mit Kundschaft — die allgemeinen Bestimmungen über den Kauf und auf die Zusicherung, daß das Handelsgewerbe einen näher bezeichneten Reinertrag habe, die Bestimmungen über die Gewährleistung für Zusicherung einer Eigenschaft beim Kauf körperlicher Sachen analog anzuwenden sind. Die Entscheidung besagt ferner, daß der Kauf eines Handelsgeschäftes weder ein Kauf von Sachen — abgesehen von den Geschäftsutensilien, die für den Kauf des Handelsgeschäftes — Kundschaft — als nebensächlich bezeichnet werden — noch von Rechten ist[1].

Diese Ansicht ist als die in Wissenschaft und Praxis heute allgemein maßgebende zu bezeichnen[2].

---

1) In Bd. 67 S. 30 geht das Reichsgericht noch weiter; indem es in dem Falle, wo eine verkaufte Pension sich nachträglich als ein der Unzucht dienendes Absteigequartier entpuppt hat, die analoge Anwendbarkeit des § 459 Abs. 2 BGB. für statthaft erklärt.

2) Vgl. ebenfalls Staub. Comm. z. HGB. Bd. II S. 1437, dem-

Anderer Ansicht sind Düringer-Hachenburg.[1]

Düringer bekämpft ebenfalls die vorerwähnte Entscheidung des Reichsgerichtes. Er greift den Fall heraus, daß ein Handelsgeschäft, insbesondere ein Saisongeschäft, verkauft wird mit der Zusicherung der Rentabilität. Er führt folgendes aus: — vgl. Düringer in Leipz. Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. S. 131 — „Ist nun ein ganzes Handelsgeschäft weder eine Sache noch ein Recht, so entsteht die Frage: sind für die Gewährleistung die Grundsätze über Rechtsgewährleistung und Vertragserfüllung im allgemeinen wie sie beim Kauf von Rechten zur Anwendung kommen oder sind die besonderen Vorschriften über die Sachgewährleistung mit der kurzen, sechsmonatlichen Verjährungsfrist des § 477 BGB. maßgebend? Für die Entscheidung sollten, falls das Gesetz selbst oder seine Begründung keine Handhabe bietet, m. E. in erster Reihe wirtschaftliche Erwägungen maßgebend sein. Als Korrelat der kurzen Verjährungsfrist wird, wie erwähnt, die dem Käufer zustehende Möglichkeit hervorgehoben, die gekaufte Sache zu prüfen und zu untersuchen. Wer die Kompliziertheit eines Handelsgeschäftes, namentlich eines größeren, in praxi

---

zufolge „der Kauf eines Handelsgeschäftes dem Kaufe einer individuell bestimmten Sache analog zu behandeln ist, mit entsprechender Anwendung der Gewährleistungsvorschriften".

1) Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. III S. 130 sub bb.: „Dagegen können Zusicherenngen, wie sie beim Kauf eines ganzen Handelsgeschäftes oder Fabriketablissements hinsichtlich des Umsatzes, der Rentabilität der Waren oder Fabrikate ꝛc. häufig gemacht werden, in der Regel nicht nach den Grundsätzen über die Gewährleistung beurteilt werden Dieses ist vielmehr nur dann zulässig, wenn es sich lediglich um Sachen oder Sachgesamtheiten als Kaufgegenstand handelt. Meistens aber werden bei dem Verkaufe eines Geschäftes zugleich Rechte und Interessen übertragen. Auf solche sind die Gewährleistungsgrundsätze nicht anwendbar."

kennen gelernt hat, der wird wissen, daß es in der Regel unmöglich ist, seine etwaigen Mängel innerhalb weniger Monate mit Sicherheit festzustellen, daß insbesondere die Rentabilität sich meistens erst nach Feststellung der Jahresbilanz übersehen läßt. Wie sollte vollends der Mangel der Rentabilität bei sogenannten Saisongeschäften erkannt und rechtzeitig — vgl. § 478 BGB. — angezeigt werden, wenn die Gewährleistungspflicht abläuft, ehe die Saison überhaupt begonnen hat? Hieraus folgt, daß es mit dem Verkehrsbedürfnisse nicht vereinbar ist, ein ganzes Handelsgeschäft hinsichtlich der Gewährleistung ebenso wie eine konkrete Sache oder Ware zu behandeln. Auch in anderen Beziehungen ergeben sich die größten Unstimmigkeiten. Wird ein Verlagsrecht verkauft und dabei eine gewisse Rentabilität zugesichert, so haftet der Verkäufer aus seiner Zusicherung auf Vertragserfüllung unbeschränkt während der regelmäßigen Verjährungsfrist. Ist aber zur Verwertung des Verlagsrechtes eine Druckerei gegründet, ein ganzes Handelsgeschäft eingerichtet und wird nun dieses unter Zusicherung einer regelmäßigen Rentabilität verkauft, so wäre die Gewährleistung des Verkaufes nach sechs Monaten durch Verjährung ausgeschlossen.

Düringer spricht also der Entscheidung aus wirtschaftlichen Erwägungen die Richtigkeit ab. Gegen diese Ausführung ist m. E. folgendes einzuwenden: Zunächst dürften etwaige Mängel des Geschäftes sich bei Anwendung der nötigen Sorgfalt innerhalb sechs Monaten, vielleicht auch in kürzerer Zeit, feststellen lassen.[1] Zweitens, wenn

1) Sodann ist zu beachten, was Staub über den Lauf der Verjährung in solchen Fällen ausführt. cfr. Staub, Comm. z. HGB. Bd. II, Seite 1599, Anm. 5. „Den Bedenken (Düringer in Leipz. Zeitschrift

man beim Kaufe eines Handelsgeschäftes sich im Kaufentschlusse in erster Linie vom Gesichtspunkte der Rentabilität bestimmen läßt, so muß logisch die Möglichkeit vorhanden gewesen sein, die Rentabilität nachzuprüfen, was ja auch bei einem bestehenden Geschäfte nicht schwierig sein dürfte — damit, daß der Verkäufer die Rentabilität preist und zusichert, wird doch normaler Weise der Käufer sich nicht begnügen! Ferner dürfte es zu viel verlangt sein, zur Prüfung der Rentabilität erst die Generalbilanz abwarten zu müssen, die das Schlußergebnis zur Darstellung bringt, während die Rentabilität ihre Schatten weit vorauswirft.

Zu der Gegenüberstellung des Verkaufes eines Verlagsrechtes und des Verkaufes einer zu dem eigenen Zwecke der Ausbeutung dieses Verlagsrechtes eingerichteten Druckerei und Handelsgeschäftes dürfte man ferner einwenden, daß letzteres in Wirklichkeit kaum vorkommen wird. Selbst wenn man den seltenen Fall annimmt, so ist es doch auch wirtschaftlich etwas ganz anderes, ob man ein Verlags-Handelsgeschäft kauft oder nur ein Verlagsrecht. Der Kauf des Verlagsrechtes, welches im ersteren Falle in dem Kaufe

---

1907, 131) gegen die kurze Verjährung des § 477 BGB., welcher zufolge der Auffassung des Kaufes eines Handelsgeschäftes als Sachkauf Anwendung zu finden habe, ist entgegenzuhalten, daß der Wille der Parteien gemäß Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin geht, die Verjährung erst mit dem Zeitpunkte beginnen zu lassen, in dem die Entdeckung des Mangels möglich ist." Ferner derselbe Seite 1693 Anm. 12. „Gegen die Anwendung der kurzen Verjährung und die Notwendigkeit der Mängelrüge läßt sich nicht einwenden, daß der Käufer den Mangel innerhalb 6 Monaten häufig nicht zu erkennen vermöge, denn es wird in Fällen besonderer Art als Vertragswille anzunehmen sein, daß die Verpflichtung zur Mängelrüge erst eintreten und die Verjährung ihren Lauf erst mit dem Augenblick der Entdeckungsmöglichkeit beginnen soll. Im übrigen verlangt der Verkehr gerade hier die kurze Frist.

des gekauften Handelsgeschäftes miteinbegriffen wäre, dürfte alsdann schon der „Einheitlichkeit des Aktes“ wegen — vgl. RGE., Bd. 44, S. 236 ff — derselben Rechtsposition unterworfen werden müssen, wie das Hauptgeschäft, sodaß bei dieser Auffassung die Verschiedenheit der rechtlichen Resultierung beim Verkauf des Verlagsrechtes einerseits — Rechtskauf — des Verlagsgeschäftes andererseits — Sachkauf — nicht so überraschend erscheinen dürfte.

Vom Standpunkte unserer Untersuchung aus ist demnach zu beachten, daß Wissenschaft und Praxis [1] dahin neigen, den wirtschaftlich einheitlichen Akt juristisch einheitlich zu gestalten, um juristische Komplizierungen zu vermeiden. Ohne Zuhilfenahme der Analogie könnte der Umsatz eines Handelsgeschäftes nicht als Kauf betrachtet werden. Es findet ferner eine einheitliche Gewährleistung statt: Sachgewährleistung, obgleich die Gegenstände, für welche die Gewährleistung Platz greift, nicht Sachen bzw. ausschließlich Sachen sind. Die moderne Auffassung macht sich frei von der juristischen Struktur des Kaufgegenstandes und behandelt ihn seiner wirtschaftlichen Auffassung entsprechend den ihm verwandten Erscheinungen gleich. Die Sachgewährleistung findet ferner auf etwaige dicta et promissa Anwendung.

6. Neukamp über die Behandlung der Anteile der G. m. b. H. beim Kaufe.

Von Bedeutung ist ferner für die Behandlung unserer Frage die Ansicht Neukamps über die Rechtsnatur der

1) cfr. RGE., Bd. 69, S. 429, die ebenfalls die analoge Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auf den Verkauf eines Erwerbsgeschäftes ausspricht in dem Falle, wo die Fortsetzung des Betriebes des gekauften Geschäftes dadurch inhibiert wird, daß ein Dritter, dem bereits zur Zeit des Verkaufes auf Grund eines Patentes ein Untersagungsrecht zusteht, von demselben Gebrauch macht.

Geschäftsanteile der G. m. b. H. und über die Behandlung derselben beim Kaufe; insbesondere mit Bezug auf § 459 ff BGB. Neukamp schreibt darüber in Bd. 57 der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht auf Seite 31: „Da der Geschäftsanteil auch kein Forderungsrecht darstellt, wie bereits in § 2 hervorgehoben, und von mir unter Zustimmung des Reichsgerichtes — Urteil vom 26. April 1904, Bd. 57, S. 414 ff. — an einer anderen Stelle — DJZ. 1904, S. 231 ff. — des Näheren dargelegt ist, so erhebt sich nunmehr die Frage, unter welche Kategorie von „Rechten" der Geschäftsanteil einzureihen ist.

In dieser Hinsicht kommt zunächst in Betracht, daß der Geschäftsanteil das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters repräsentiert, verkörpert. Dieses Mitgliedschaftsrecht ist nun aber nicht ein einheitlicher, sondern ein zusammengesetzter Rechtsbegriff, da es, wie gleichfalls bereits in § 2 angedeutet, einen „Komplex von Rechten und Pflichten" bildet. Es gilt in dieser Hinsicht von dem Geschäftsanteil der Gesellschaft mit beschränkter Haftung dasselbe, was Gierke — die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 327 ff. — über die Anteilsrechte an einer Gewerkschaft und an einer Aktiengesellschaft sehr zutreffend bemerkt hat. „Wenn nun derartige Sonderrechte", heißt es hier, „als Rechte von sachenrechtlichem Gehalte aufgefaßt werden, so entfernt man sich wiederum von dem römischrechtlichen Schema, gleichwohl wird keine andere Auffassung ihrem Wesen gerecht. Zwar hat auch in der Praxis vielfach eine Richtung Boden gewonnen, welche die den Aktionären gesetzlich und statutarisch gewährleisteten, verhältnismäßigen Anteile am Genossenschaftsvermögen hinwegdeduziert. Es soll sich dabei nur um untechnische Redensarten handeln:

in Wahrheit soll damit nur ein Forderungsrecht gemeint sein. Allein diese Konstruktion, welche den Wortlaut der Gesetze und der meisten Statuten vergewaltigt, der Anschauung des Lebens widerspricht und einen schroffen Zwiespalt zwischen dem wirtschaftlichen Tatbestand und seiner juristischen Form setzt, erweist sich in demselben Augenblick, in dem mit ihr wirklicher Ernst gemacht wird, als praktisch unbrauchbar. So kehrt denn die Praxis immer wieder zur Vorstellung der Anteile zurück. In der Tat liegt keine begriffliche Schwierigkeit vor, sobald das Herrschaftsrecht an dem Vermögen in seiner ideellen Einheit als Eigentum anerkannt ist, auch die zu Sonderrecht verteilten Splitter dieses Herrschaftsrechtes als anteilmäßige Rechte dinglicher Art zu denken" — vgl. auch a. a. O. S. 330, wo Gierke die Anteile der Aktionäre als „sachenrechtliche Befugnissphäre" bezeichnet.

Eine unmittelbar anwendbare, positive Gesetzesvorschrift, welche das Mitgliedschaftsrecht an einem „rechtsfähigen Verein" einer bestimmten Kategorie von Rechten einreicht, finden wir in unserm BGB. oder in sonstigen Reichsgesetzen nicht; das BGB. schweigt sich wohl schon deshalb über diese Frage aus, weil es im § 38 die Mitgliedschaft als nicht übertragbar und nicht vererblich bezeichnet, damit also die Mitgliedschaftsrechte an und für sich vom Rechtsverkehr ausschließt. Diese Vorschrift ist aber, wie sich aus § 40 BGB. ergibt, nachgiebigen Rechtes, kann also durch die Satzung geändert werden und paßt auch auf diejenigen Mitgliedschaftsrechte, die hier in Frage stehen, wie z. B. Aktienrechte, Gewerkschaftsrecht, Kuxberechtigungen, Geschäftsanteile einer G. m. b. H. und Beteiligungen an einer Genossenschaft, also auf Mitgliedschaftsrechte mit einem vorwiegend vermögensrechtlichen Charakter nicht.

Die sämtlichen vorerwähnten Mitgliedschaftsrechte haben, wie bereits im § 2 hinsichtlich der Geschäftsanteile angedeutet, die Eigentümlichkeit, daß sie einen Komplex von vermögensrechtlichen Ansprüchen und Pflichten darstellen. Einen direkten und unmittelbaren Rechtsverkehr mit derartigen „Rechtskomplexen" kennt das BGB. nur in dem einen Falle des § 2033, in welchem es jedem Miterben „die Verfügung über seinen Anteil am Nachlasse" gestattet. Diese „Verfügung" hat unmittelbar „dingliche" Wirkung, d. h. sie enthebt mit unmittelbar dinglicher Wirkung den Verfügenden aller Rechtsbeziehungen zur Erbschaft, wie sie andererseits denjenigen, zu dessen Gunsten verfügt ist, in alle Rechte und Pflichten des Erben einsetzt. Eine derartige dingliche Wirkung kommt auch der Übertragung eines Mitgliedschaftsrechtes vermögensrechtlichen Inhaltes zu insbesondere auch derjenigen eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H.

Trotz dieses dinglichen Charakters, den der Rechtsverkehr mit Erbschaftsanteilen und Mitgliedschaftsrechten, d. i. mit „Komplexrechten", an sich trägt, wird man aber doch diese „Komplexrechte" nicht dem Gebiete des Sachenrechts überweisen können, vielmehr eine „besondere Rechtskategorie von Komplexrechten" und darin wieder die Unterart „Mitgliedschaftsrechte vermögensrechtlichen Inhaltes" aufstellen müssen. Immerhin wird aber beim Mangel jeglicher positiver Vorschriften über diese Mitgliedschaftsrechte die analoge Heranziehung sachenrechtlicher Vorschriften geboten sein, und es wird insbesondere auch z. B. die Frage, ob und inwieweit die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. bei dem Vorhandensein von „Mängeln" veräußerter Mitgliedschaftsrechte anwendbar sind, von diesem Standpunkte aus,

geprüft werden müssen. Auf diese Frage kann indessen hier nicht näher eingegangen werden; es muß hier zunächst die Feststellung genügen, daß der Geschäftsanteil als Mitgliedschaftsrecht vermögensrechtlicher Natur zu den von mir sogenannten „Komplexrechten" oder auch Rechtskomplexen gehört, also ein Rechtsobjekt bildet, das weder dem „Rechte der Schuldverhältnisse", noch dem „Sachenrecht" zuzuzählen ist, aber mit letzterem die größere Verwandschaft hat."

Wir ersehen, daß es auch hier bei „Komplexrechten" geboten erscheint, sachenrechtliche Vorschriften analog heranzuziehen im Gegensatz zu der Ansicht Düringer's.[1]

Zu bemerken ist noch, daß auch Hagens, wenn auch mit Beschränkung auf Zusicherungen in bezug auf tatsächliche Verhältnisse beim Verkauf von Rechten überhaupt für Sachgewährleistung eintritt; vgl. Hagens in D.J.Z. 1905 Nr. 14 S. 667. „Stellt man sich nun auf den Standpunkt, daß unzutreffende Angaben über tatsächliche Verhältnisse, die den Wert des verkauften Inhaberpapieres zu beeinflussen geeignet sind, ohne den Bestand des verkauften Rechtes als solchen zu beeinträchtigen, keine Haftung aus § 437 BGB. begründen, so erhebt sich die weitere Frage, ob derartige Angaben nach § 459 ff. BGB. zu beurteilen sind, oder ob bei ihnen, soweit nicht ein Garantieversprechen gegeben ist, jede Haftung entfällt. In letzterem Sinne hat sich allerdings die zitierte Entscheidung des Reichsgerichts im Gegensatze zu einer Entscheidung des ROHG. ausgesprochen, und zwar mit der Begründung, daß

---

1) Vgl. Düringer, D.J.Z. 1905, Nr. 8, S. 374, „daß beim Verkauf von Rechten, welche nicht in einer Urkunde inkorporiert sind z. B. beim Verkauf von Anteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung lediglich die Grundsätze der Rechtsgewährleistung Platz greifen können, ist selbstverständlich."

ein Sachmangel der verkauften Aktien nicht für vorliegend erachtet werden könne, weil, wenn auch die tatsächlichen Verhältnisse des Aktienunternehmens den Wert der verkauften Aktien bedingen, dieses doch auch für Rechtsmängel zutreffe, und die Beziehung zwischen jenen Verhältnissen und den Aktien erst durch das in diesen verkörperte Recht vermittelt werde. Ob aber mit dieser sich als einen Kompromiß zwischen der Düringer-Hachenburg'schen Ansicht und derjenigen, die auf dicta et promissa der bezeichneten Art die §§ 459 ff. BGB. anwenden möchte, darstellenden Entscheidung das letzte Wort in der Sache gesprochen ist, dürfte zweifelhaft sein. Die anderen Zivilsenate würden ohne Rücksicht auf § 137 GVG einer abweichenden Ansicht folgen können, weil die Entscheidung selbst, die bei Anwendung der §§ 459 ff. wegen der eventuell nach § 477 BGB. eingetretenen Verjährung ebenso hätte ausfallen müssen, nicht auf der Negierung jeder Haftung beruht. Ich meine, daß man aus praktischen Gründen, ohne dem geschriebenen Rechte Gewalt anzutun, trotz der nur indirekten Beziehungen der tatsächlichen Verhältnisse eines Aktienunternehmens zu den Aktien wohl der Anwendung der §§ 459 ff. auf Fälle dieser Art im Anschlusse an die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes das Wort reden könnte, ja, ich würde es sogar zur Ausfüllung einer sonst entstehenden empfindlichen Lücke für geboten halten, diese Bestimmungen auf unzutreffende tatsächliche Angaben bei Verkauf von Rechten überhaupt, z. B. bei Verkauf von Patenten, Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kuxen usw. analog anzuwenden. Die Frage liegt m. E. nicht wesentlich anders, wie bei § 119 Abs. 2 BGB., wo der Begriff „Eigenschaften der Sache" ebenfalls im

weiteren Sinne, insbesondere unter Einschließung von tatsächlichen Verhältnissen bei den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildenden Rechten, zu verstehen sein wird. Demgemäß hat denn auch der I. ZS. des Reichsgerichtes ausgesprochen, daß Unkenntnis von den das Bergwerk betreffenden ungünstigen Ereignissen, z. B. von einem Laugeneinbruch, unter Umständen einen Irrtum über Eigenschaften der verkauften Kuxe, die im Verkehre als wesentlich angesehen werden, darstellen könne. Der Einwand Düringer's, daß man beim Verkauf von Wertpapieren der Urkunde nicht ansehen könne, ob die in Bezug auf die Verhältnisse des betreffenden Unternehmens gemachten Zusagen richtig sind, trifft m. E. nicht zu. Denn auch beim reinen Sachkauf wird die Anwendbarbeit der §§ 459 ff. BGB. auf Zusicherungen nicht bezweifelt, über deren Berechtigung man durch bloße Besichtigung der Sache keine Auskunft erhält, z. B. auf solche über die Rentabilität eines Grundstückes."

§ 8. Die Sachgewährleistung für verkaufte Wertpapiere und ihre dicta et promissa.

Ich fasse nunmehr die Resultate der einzelnen Kapitel, die zur Begründung der vorgetragenen Ansicht dienen, in Kürze zusammen. Auf Seite 1 und 4/5 der Arbeit sahen wir, daß das BGB. abweichend vom römischen Rechte, im übrigen auch vom code civil Artikel 516 ff., 526, 529 ff. vom preußischen Landrechte in den §§ 1 ff. I. 2 und vom österreichischen allgemeinen Bürgerl. Gesetzbuch in den §§ 285, 311 den Begriff der Sache im rechtlichen Sinne

auf die res corporales beschränkt hat. Wie bereits auf Seite 1 betont, geschah dieses, um Klarheit in den Begriff der Sachenrechte zu bringen. Im Gebiete des Obligationenrechtes hat das BGB. sich durch die Reduzierung des Sachbegriffes Schwierigkeiten gemacht — vgl. S. 1 — indem der zu enge Begriff der Sache verwandte res incorporales von einer den res corporales gleichartigen Behandlung ausschloß, trotzdem derartige res incorporales aus wirtschaftlichen und somit auch rechtlichen Gründen eine gleichartige Behandlung verlangten, cfr. Neukamp in Holdheims Monatsschrift 1905 Nr. 1 Seite 2: „Da es Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, nicht bloß zu trennen, sondern auch zusammenzufassen und zwecks Erreichung einer möglichst großen Gesetzesökonomie die Begriffe und die für sie geltenden Rechtssätze soweit wie möglich zu fassen, so betrachte ich es schon als einen auf einer — noch dazu ganz verkehrten — romanisierenden Tendenz beruhenden Rückschritt, daß unser deutsches BGB. in § 90 den Begriff der Sache auf die körperlichen Gegenstände beschränkt hat. Dadurch hat es eine sehr umständliche Gesetzesformulierung notwendig gemacht, indem es gezwungen ist, bei den nicht als Sachen geltenden „Rechten", soweit diese „unkörperliche" Sachen im Sinne des römischen Rechtes sind, überall auf die Vorschriften über „körperliche Sachen" zu verweisen. — vgl. z. B. §§ 1017, 1032, 1068 Abs. 2 BGB."

Dieser Auffassung scheint sich selbst Düringer nicht ganz zu verschließen — vgl. Düringer, D. J.-Z. 1905 Nr. 8 — „ob die Regelung des Gesetzgebers die praktisch zweckmäßigste, ob die differentielle Behandlung der Sach- und Rechtsgewährleistung innerlich gerechtfertigt ist, darauf ist hier, wo es sich um eine Frage der Gesetzanwendung

handelt, ebensowenig einzugehen, als auf die an sich sehr beachtlichen Bedenken, welche Neukamp gegen § 90 BGB. schon früher geltend gemacht hat."

Vergl. in dieser Hinsicht ebenfalls Koenig „Die Haftpflicht", Berl. Inaug.-Diss. 1892, S. 4 ff.: „In dem Inhaberpapier findet sich ein eigenartiger Dualismus, einmal das Papier als solches, auf welches die Grundsätze des Sachenrechts über Eigentum, Besitz, Übergabe usw. in Anwendung zu kommen haben, zum zweiten, die in dem Papiere beurkundete Forderung, welche nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes zu behandeln ist. Die Vereinigung dieser beiden Elemente, des Papieres und der Forderung, die Feststellung ihres Verhältnisses zu einander, verleiht dem Inhaberpapiere gewissermaßen etwas Mysteriöses, was immer wieder zu neuen Theorien Anreiz gibt.

Das Verkehrsbedürfnis hatte das Institut der Inhaberpapiere ohne Rücksicht auf die Jurisprudenz ins Leben gerufen, und diese sah sich vor ein neues, in fremdem Gewande erscheinendes Rechtsgebilde gestellt, welches im röm. Rechte kein Analogon fand. Für die juristisch-dogmatische Behandlung der Inhaberpapiere boten sich nun zwei Wege dar. Man konnte das Institut unabhängig von dem röm. Rechte behandeln und die darauf anzuwendenden Rechtssätze aus dem Zwecke, welcher den Verkehr bei Schaffung der Inhaberpapiere geleitet hatte, zu gewinnen suchen und so den gewiß richtigen Grundsatz zur Geltung bringen, daß römische Rechtsanschauungen und römische Rechtsgrundsätze zur rechtlichen Regelung neuer Verkehrsinstitute nur insoweit herangezogen werden dürfen, als nicht durch eine solche Anwendung der Zweck des neugebildeten Institutes aufgehoben wird.

Die Mehrzahl der Schriftsteller schlug jedoch den zweiten Weg ein; sie suchten die bei den Inhaberpapieren vorkommenden Erscheinungen auf Grundsätze und Formen des römischen Rechtes zurückzuführen, oder, wie ein Schriftsteller sich ausdrückt, „die Inhaberpapiere über den Leisten römischer Begriffe zu schlagen“. Man wollte ein dem modernen Leben eigentümliches Rechtsinstitut, dessen prinzipielle Verschiedenheit von den Erscheinungen des römischen Rechtes sich nicht bestreiten läßt, dennoch unter römisch-rechtliche Begriffe bringen, als „ob das Leben der Begriffe und nicht die Begriffe des Lebens wegen da wären.“ — vgl. ferner Ihering, Geist des römischen Rechtes 1801, Bd. 3 § 59, S. 312. — Ferner König, Seite 6 ff.: „Die Inhaberpapiere teilen eben mit so vielen Rechtsinstituten der Neuzeit, für welche sich in den Quellen keine Anhaltspunkte finden, das gleiche Schicksal, daß sich bezüglich ihrer die Wissenschaft nicht einigen kann. Auch in der positiven Gesetzgebung hat unser Institut fast gar keine Berücksichtigung gefunden und wir können kaum eine juristische Materie von annähernder Wichtigkeit finden, bei der die gesetzliche Regelung eine so dürftige ist. Es fehlt demzufolge über wichtige Einzelfragen bezüglich unseres Institutes an einem ausgebildeten allseitig anerkannten Juristenrecht wie an festen gesetzlichen Normen.“

Ich erörterte sodann auf Seite 1, 2 und 3 der Arbeit den Begriff des Rechtes und des Rechtsmangels und stellte insbesondere auf Seite 18—20 der Arbeit fest, daß der Nutzwert oder die Rentabilität nicht Qualifizierungen der Existenz des Rechtes sind. Ferner, daß der § 437 BGB. nicht eine prinzipielle Bedeutung für die Frage habe,

welche Gewährleistung für die verbriefte Urkunde Platz greift, womit die Ansicht fällt, daß die Haftung für Wertpapiere durch § 437 überhaupt oder gar ausschließlich geregelt sei, vgl. S. 33, 34 der Arbeit.

Wir sahen ferner, daß nach allgemeiner Ansicht von Wissenschaft und Praxis auf den Verkauf von Handelsgeschäften und etwaigen dieselben betreffenden dicta et promissa die Sachgewährleistungsvorschriften für anwendbar erklärt wurden und daß somit die Rechtsprechung sich bemüht, zwecks Vermeidung juristischer Komplizierungen ohne Rücksicht auf die rechtliche Struktur — Sache, Recht, Werte, die weder Sache noch Recht sind — dem wirtschaftlichen Akt entsprechend utiliter rechtlich zu operieren, vgl. S. 43, 44 der Arbeit.

Wir beachteten, daß es unter Umständen geboten erscheint, auf gewisse Rechte, vgl. Seite 11—13 der Arbeit, die Sachgewährleistungsvorschriften anzuwenden, im Gegensatze zu der Ansicht Düringers, daß „auf den Verkauf von Rechten die §§ 459 ff. keine, auch keine entsprechende Anwendung finden", vgl. Düringer-Hachenburg, HGB. III, S. 123. Wir bemerkten schließlich, vgl. S. 23, 24 der Arbeit, daß es zu unnötigen juristischen Komplizierungen, ganz abgesehen von ebenfalls zu vermeidenden Folgen führt, wollte man die Duplizität der Behandlung — Ansicht III — durchführen, indem man von einer analogen Behandlung im Sinne von Ansicht II absähe, cfr. Neukamp in Holdheims Monatsschrift 1905, Bd. 1, S. 5: „Man vergegenwärtige sich die Konsequenzen der von dem vorstehend mitgeteilten Urteil — Urteil des OLG. Köln vom 14. Dezember 1904 — bekämpften Düringer-Hachenburgschen Theorie und es wird alsdann kaum einem Zweifel unterliegen können, daß dem von dem OLG. eingenommenen

Standpunkte schon um deswillen beizupflichten ist, weil die gegnerische Ansicht zu praktisch gänzlich unhaltbaren Resultaten führt: Nach Düringer-Hachenburg, s. a. a. O., S. 41 und 42, hat der Verkäufer von Aktien, der bei deren Verkauf zugesichert hat, daß die Aktiengesellschaft alljährlich ein bestimmtes Quantum fabriziert, für die Richtigkeit dieser Zusicherung auf Grund des § 437 BGB. 30 Jahre lang zu haften. Danach kann also der Käufer solcher Aktien innerhalb 30 Jahren seit dem Verkauf die Zurückzahlung des Kaufpreises gegen Zurückgabe der Aktien fordern, wenn er den Nachweis führt (§ 442 BGB.), daß zurzeit des Verkaufes die Aktiengesellschaft ein auch nur um wenige Zentner geringeres Quantum, als zugesichert war, fabriziert hat, denn ob der „Rechtsmangel" ein erheblicher oder ein geringfügiger ist, ist für die Anwendbarkeit des § 437 BGB. gleichgiltig; es würde also Jemand, der die sämtlichen Aktien einer solchen Aktiengesellschaft gekauft hat, diese noch nach Jahren wegen einer erheblichen Unrichtigkeit in der Zusicherung zurückgeben und den gezahlten Kaufpreis zurückfordern können. Hat dagegen der Käufer nicht die Aktien, sondern die Fabrik selbst erworben, so muß er sein Recht aus der Zusicherung gemäß § 477 BGB. längstens binnen sechs Monaten geltend machen. Demnach würde also derselbe wirtschaftliche Vorgang — nämlich der Kauf einer A.-G. gehörigen Fabrik — ganz verschiedenartige juristische Folgen haben, jenachdem die Fabrik direkt oder mittels Ankauf aller Aktien der nur dieses Vermögensobjekt besitzenden Aktiengesellschaft erworben wird, eine Konsequenz, die der Gesetzgeber schwerlich gewollt haben kann."

Aus allen diesen Gründen entscheide ich mich für die Anwendbarkeit der Sach-

gewährleistungsvorschriften auf den Verkauf von Wertpapieren und deren dicta et promissa. Unterstützt wird diese Auffassung durch die Stellungnahme des Reichsoberhandelsgerichtes, welches in ständiger Rechtsprechung den ädilitischen Rechtsschutz gewährte. Vgl. ROHG. Bd. 18 S. 180. Vgl. ferner Bolze Bd. 17 Nr. 316. Unterstützt wird diese Ansicht ferner durch die Stellungnahme des Reichsgerichtes, vgl. RGE. vom 26. November 1890, Bolze Bd. 11 Nr. 411, ferner RGE. Bd. 30 S. 154, Urteil des RG. vom 15. Mai 1901 und das mehrfach zitierte Urteil des I. ZS. des OLG. zu Cöln vom 14. Dezember 1904.

Vorstehende, von namhaften Juristen [1] vertretene Ansicht, deren Anhänger an Zahl zur Zeit gering sind, wird zweifellos mit der Zeit zum Durchbruch gelangen und auf die fernere Gestaltung der Gesetzgebung in dieser Frage nicht ohne Einfluß bleiben. Sie wird sich das Feld erobern, weil sie außer den bereits erwähnten praktischen und theoretischen Vorzügen die überaus große Kompliziertheit und anerkannte Schwierigkeit der Frage — „die Inhaberpapiere teilen eben mit so vielen Rechtsinstituten der Neuzeit, für welche sich in den Quellen keine Anhaltspunkte finden, das gleiche Schicksal, daß sich bezüglich ihrer die Wissenschaft nicht einigen kann", vgl. Koenig: Die Haftpflicht S. 6 — mit einem Schlage beseitigt, indem sie entsprechend der Bedeutung, welche die Urkunde für das in ihr inkorporierte Recht hat, — „daß die Übertragung des Papieres Übertragung des Rechtes ist"; vgl. Düringer-Hachenburg, HGB. III S. 320 Z. 2 — das Schicksal der inkorporierten Rechte

1) Hagens, Hamm, Neukamp, Zitelmann.

dem der umfassenden Sache parallelisiert und entsprechend der wirtschaftlichen Auffassung „Sache und Recht“ — das Wertpapier — einer einfachen, gleichartigen juristischen Behandlung unterwirft.